DER SELBSTEINTRITT DER ÜBERGEORDNETEN BEHÖRDE

Heinrich Völker

1970

DER SELBSTEINTRITT DER ÜBERGEORDNETEN BEHÖRDE

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
des Fachbereiches Rechtswissenschaft
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Heinrich Völker

aus Tübingen

1970

DISSERTATIONSDRUCK -SCHÖN- München 23 · Belgradstraße 11

Dekan: Professor Dr. Robert Scheyhing
1. Berichterstatter: Professor Dr. Günter Dürig
2. Berichterstatter: Professor Dr. Dr. Otto Bachof

Tag der mündlichen Prüfung: 9. Juli 1970

UNIV. LEIDEN BIBL.

MEINER FRAU

INHALTSVERZEICHNIS

		Seite
Literaturverzeichnis		VII
Einleitung		1
KAPITEL I	Begriff und Abgrenzung	3
	A) Herkunft	3
	B) Historische Entwicklung	3
	C) Heutiger Begriff und Umfang	4
	D) Normalfall des Selbsteintritts	5
KAPITEL II	Für und wider ein unbeschränktes Selbsteintrittsrecht	10
	Erster Teil: Pro Selbsteintrittsrecht	10
	A) Weisungsrecht	10
	B) Organisationsgewalt	19
	C) Einschlägige gesetzliche Bestimmungen	22
	Zweiter Teil: Contra Selbsteintrittsrecht	27
	A) Instanzverlust im Rechtsmittelzug	28
	B) Fehlende Zuständigkeit	34
	C) Selbstverantwortlichkeit der Behörden	46
	Dritter Teil: Ergebnis	48
KAPITEL III	Unmittelbarer Eingriff der übergeordneten Behörde in die von der untergeordneten Behörde bereits erlassene Entscheidung	50
	A) Eingriff der Aufsichtsbehörde von Amts wegen	50
	B) Eingriff der Aufsichtsbehörde auf formlose Sachaufsichtsbeschwerde hin	57
	C) Sachentscheidung der Widerspruchsbehörde nach verspätetem Widerspruch	60
KAPITEL IV	Weitere generelle Abweichungen vom Normalfall des Selbsteintritts und Randerscheinungen	66
	A) Selbsteintritt im Bereich der Selbstverwaltung	66

B) Selbsteintritt bei nicht durch ein formelles Gesetz begründeter Zuständigkeit der untergeordneten Behörde 68
C) Selbsteintritt im Verwaltungsprozeß 72
D) Selbsteintritt bei fiskalischem Handeln von Behörden 74
E) Ähnliches bei Rechtsetzung durch die Verwaltung 77
F) Äußerungen übergeordneter Behörden in Angelegenheiten der untergeordneten 79

KAPITEL V Ausnahmesituationen im Einzelfall 80
A) Gefahr im Verzug 80
B) Einverständnis der Beteiligten 89
C) Persönliche Befangenheit eines einzelnen Amtsträgers 90
D) Befangenheit einer ganzen Behörde 91
E) Weigerung, einer Weisung nachzukommen 96

KAPITEL VI Folgen des rechtswidrigen Selbsteintritts 102
A) Fehlergrad des durch Selbsteintritt zustandegekommenen Verwaltungsakts 102
B) Prozessuale Geltendmachung 107
C) Sonstige Konsequenzen 113

ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSSWORT 114

LITERATURVERZEICHNIS

Anschütz, Gerhard - Thoma, Richard	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Band, Tübingen, 1932
Bachof, Otto	Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz in: SJZ 1949, 377 ff.
Bachof, Otto	Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz unter besonderer Berücksichtigung des Bonner Grundgesetzes in: SJZ 1950, 161 ff. (1. Teil) und 488 ff. (2. Teil)
Bachof, Otto	Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung in: Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, Festschrift für Wilhelm Laforet anläßlich seines 75. Geburtstages, München, 1952, S. 285 ff. (zitiert als Bachof, Festschrift Laforet)
Bachof, Otto	Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Band I BVerwGE 1 - 12, 3. Auflage, Tübingen, 1966 (zitiert als Bachof, Bd. I)
Bachof, Otto	Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Band II BVerwGE 13 - 19, Tübingen, 1967 (zitiert als Bachof, Band II)
Barfuß, Walter	Die Weisung, Wien-New York, 1967
Barske, Kurt	Reichsabgabenordnung, 6. Auflage, Stuttgart, 1962
Baumann, Fritz-Achim	Die allgemeine untere staatliche Verwaltungsbehörde im Landkreis, Berlin, 1967 (zitiert als Baumann)
Baumann, Jürgen	Einführung in die Rechtswissenschaft, München, 1967 (zitiert als J. Baumann, Einführung)
Baumbach, Adolf - Lauterbach, Wolfgang	Zivilprozeßordnung, Kurzkommentar, 26. Auflage, München und Berlin, 1961
Baur, F.	Neuere Diskussionen über das Verhältnis von Justiz und Verwaltung in: DRZ 1949, 395 ff.

Baur, Fritz	Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht in: Summum ius Summa iniuria, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 9, Tübingen, 1963, S. 97 ff.
Becker, Enno - Riewald, Alfred - Koch, Carl	Reichsabgabenordnung mit Nebengesetzen, Band 1, 9. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München, 1963
Bender, Bernd	Der fehlerhafte Verwaltungsakt nach den §§ 34 - 36 des Musterentwurfs eines Verwaltungsverfahrensgesetzes in: DÖV 1965, 446 ff.
Bettermann, Karl August	Verwaltungsgerichtliche Generalklausel, ordentlicher Rechtsweg und nichtiger Verwaltungsakt in: MDR 1949, 394 ff.
Bettermann, Karl August	Zweitanfechtung nach verspäteter Erstanfechtung in: JZ 1965, 265 ff.
von Bitter	Handwörterbuch der Preußischen Verwaltung, 2. Band, 3. Auflage, hrsg. von Bill Drews und Franz Hoffmann, Berlin und Leipzig, 1928
von Brauchitsch, M.	Verwaltungsgesetze für Preußen, neu hrsg. von Bill Drews und Gerhard Lassar,1. Band, 24. Auflage, Berlin, 1930 7. Band, 19. Auflage, Berlin 1930
von Brünneck, Wiltraut	Können Rechtsverordnungen, zu deren Erlaß ein Bundesminister ermächtigt ist, von der Bundesregierung erlassen werden? in: DÖV 1951, 257 ff.
Brunner, Georg	Der Selbsteintritt der höheren Behörde in: DÖV 1969, 773 ff.
Bürckner, Hermann	Der privatrechtsgestaltende Staatsakt, Leipzig, 1930
Buri, Eugen	Ist die verwaltungsgerichtliche Klage zulässig, wenn die Widerspruchsbehörde nach versäumter Widerspruchsfrist zur Sache entscheidet? in: DÖV 1962, 483 ff.

Buri, Eugen	Ist die verwaltungsgerichtliche Klage zulässig, wenn die Widerspruchsbehörde nach versäumter Widerspruchsfrist zur Sache entscheidet? Schlußbemerkung zum Aufsatz Hamann in DÖV 1962, 892 ff. in: DÖV 1962, 929 ff.
Buri, Eugen	Kann die Widerspruchsbehörde auf einen verspäteten Widerspruch zur Sache entscheiden? (II) in: DÖV 1964, 299 f.
Czermak, Fritz	Behördenverfahren und Verwaltungsprozeß beim Zusammenwirken mehrerer Behörden in: NJW 1963, 703 f.
Czermak, Fritz	Zur Lehre vom gerichtsfreien Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden in: JuS 1968, 399 ff.
Dagtoglou, Prodromos	Befangenheit und Funktionenhäufung in der Verwaltung in: Festgabe für Ernst Forsthoff. Zum 65. Geburtstag. Hrsg. von Karl Doehring, München, 1967, S. 65 ff.
Drews, Bill - Wacke, Gerhard	Allgemeines Polizeirecht - Ordnungsrecht der Länder und des Bundes, 7. Auflage, Berlin-Köln-München-Bonn, 1961
Dürig, Günter und Mallmann, Walter	Staatsrechtslehrertagung 1958 in: JZ 1959, 291 ff.
Dürig, Günter	Gesetze des Landes Baden-Württemberg, Textsammlung (Losebl.), München
Emig, Kurt	Deutsche Justiz und Verwaltung, Vergangenheit-Gegenwart-Zukunft, Tübingen, 1935
Engisch, Karl	Einführung in das juristische Denken, 3. Auflage, Stuttgart, 1964
Eyermann, Erich - Fröhler, Ludwig	Verwaltungsgerichtsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, München und Berlin, 1954 (zitiert als Eyermann-Fröhler, VGG)
Eyermann, Erich - Fröhler, Ludwig	Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Auflage, München und Berlin, 1965 (zitiert als Eyermann-Fröhler, VwGO)

Flatten, Karl-Josef	Die Lehre vom Verwaltungsakt in: StuP 1963, 269 ff. (Schluß)
Fleiner, Fritz	Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Tübingen, 1928
Floegel, Johannes - Hartung, Fritz	Straßenverkehrsrecht, Kurzkommentar, 16. Auflage, München und Berlin, 1966 (zitiert als Floegel-Hartung, 16. Auflage)
Floegel, Johannes - Hartung, Fritz	Straßenverkehrsrecht, Kurzkommentar, 17. Auflage, neubearb. von Heinrich Jagusch, München und Berlin, 1968 (zitiert als Floegel-Hartung, 17. Auflage)
Fonk, Friedrich	Die Behörde des Regierungspräsidenten, Funktionen-Zuständigkeiten-Organisation, Berlin, 1967
Forsthoff, Ernst	Verwaltungsorganisation in: Giese, Friedrich. Die Verwaltung, Schriftenfolge zur staatswissenschaftlichen Fortbildung der Beamten und Behördenangestellten, Braunschweig, 1954, Band 1, Heft 13 (zitiert als Forsthoff, Verwaltungsorganisation)
Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band: Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München und Berlin, 1961 (zitiert als Forsthoff, 8. Auflage)
Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band: Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München und Berlin, 1966 (zitiert als Forsthoff)
Frank, Hans	Technik des Staates in: ZAkDR 1941, 2 ff.
Gerland, Otto	Über die Einheit der Polizeiverwaltung in Preußen in: AöR Band 17, 230 ff.
Giacometti, Zaccharia	Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Band, Zürich, 1960
Glatz, Carl Heinrich und Haas, Dieter	Die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg vom 6.6.1952 in: JöR N.F. Band 6, 223 ff.

Göbel, Kurt - Fröhner, Karl	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Stuttgart, 1956
Goes, Paul	Staatlicher Behördenaufbau in Baden-Württemberg in: BaWüVBl 1962, 129 ff.
Götz, Volkmar	Das Grundrecht auf Rechtsanwendungsgleichheit und der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz in: DVBl 1968, 93 ff.
von der Groeben, Klaus - Knack, Hans Joachim	Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (Landesverwaltungsgesetz), Kommentar, Köln-Berlin-Bonn-München, 1967 (Losebl.)
Groß, Rolf	Organisationsgewalt und Organisationsverordnungen in: DÖV 1963, 51 ff.
Groschupf, Otto	Wie entscheidet das Verwaltungsgericht, wenn das Verwaltungsverfahren fehlerhaft war? in: DVBl 1962, 627 ff.
Groschupf, Otto	Wohnsitzwechsel und örtliche Behördenzuständigkeit in: DVBl 1963, 661 ff.
Hamann, Fritz	Ist die verwaltungsgerichtliche Klage zulässig, wenn die Widerspruchsbehörde nach versäumter Widerspruchsfrist zur Sache entscheidet? (Entgegnung zum Aufsatz Buri in DÖV 1962, 483 ff.) in: DÖV 1962, 892 f.
Hatschek, Julius	Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 7./8. Auflage, hrsg. von Paul Kurtzig, Leipzig, 1931
Haueisen	Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte in: NJW 1954, 1425 ff.
Haueisen	Die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts in: NJW 1960, 1881 ff.
Haueisen, Fritz	Die Bedeutung von Zusagen im Verwaltungsrecht in: NJW 1961, 1901 ff.
Haueisen, Fritz	Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtliches Verfahren in: DVBl 1962, 881 ff.

Heinze, Christian	Das Zusammenwirken von Behörden beim Erlaß von Verwaltungsakten in: VerwArch Band 52 (1961), 159 ff. und 275 ff.
Heinze, Christian	Das Zusammenwirken von Behörden beim Erlaß von Verwaltungsakten in: DÖV 1967, 33 ff.
Helmert, Otto	Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen, Berlin, 1961
Helmreich, Karl - Widtmann, Julius	Bayerische Gemeindeordnung, Kommentar, 3. Auflage, München, 1966
Herzog, Roman - Schick, Walter	Allgemeines Verwaltungsrecht, München, 1967
Heyen, Erich	Zur Frage der Nichtigkeit und Überprüfbarkeit mangelhafter Verwaltungsakte in: SchlHAnz 1949, 357 ff.
Hofmann, Hasso	Die Rechtsnatur der Widerspruchsfrist in: VerwArch Band 58 (1967), 63 ff. und 135 ff.
Huber, Ernst Rudolf	Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Band, 2. Auflage, Tübingen, 1953 2. Band, 2. Auflage, Tübingen, 1954
van Husen, Paulus	Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bayern, Württemberg-Baden und Hessen mit Kommentar, Stuttgart, 1947
Ipsen, Hans	Widerruf gültiger Verwaltungsakte, Hamburg, 1932 (zitiert als Ipsen, Widerruf)
Ipsen, Hans Peter	Hamburgs Verfassung und Verwaltung von Weimar bis Bonn, Hamburg, 1956 (zitiert als Ipsen, Hamburgs Verwaltung)
Jarosch, Roland	Kann die Widerspruchsbehörde auf einen verspäteten Widerspruch zur Sache entscheiden? (I) in: DÖV 1964, 296 ff.
Jellinek, Georg	System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Auflage, Tübingen, 1905 (zitiert als G. Jellinek, System)

Jellinek, Walter	Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, Tübingen, 1908 (zitiert als W. Jellinek, Staatsakt)
Jellinek, Walter	Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Berlin, 1931, mit Nachtrag von 1950 (zitiert als W. Jellinek, Verwaltungsrecht)
Jesch, Dietrich	Zulässigkeit gesetzesvertretender Verwaltungsverordnungen? Zu BVerfGE 8, 155 in: AöR Band 84 (A. F.), 74 ff.
Kalkbrenner, Helmut	Zur Verfassungsmäßigkeit des Bundesforschungsministeriums - zugleich ein Beitrag zum Recht der Bildung von Bundesministerien - in: DVBl 1964, 849 ff.
Kimminich, Otto	Die Verbindlichkeit mündlicher Zusagen im Verwaltungsrecht in: JuS 1963, 268 ff.
Klein, Hans H.	"Auftrag" und "Geschäftsführung ohne Auftrag" im öffentlichen Recht in: DVBl 1968, 129 ff. und 166 ff.
Klickermann, Hans	Zur Dienstaufsichtsbeschwerde in: BaWüVBl 1957, 81 ff.
Klinger, Hans	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Auflage, Göttingen, 1964
Koehler, Alexander	Verwaltungsgerichtsordnung, Berlin und Frankfurt/Main, 1960
Kottenberg, Kurt - Rehn, Erich	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 8. Auflage, Siegburg, 1968
Krüger, Hildegard	Die Beziehungen des parlamentarischen Gesetzgebers zur exekutivischen Verordnung in: DVBl 1967, 929 ff.
Kühn, Rolf	Abgabenordnung, 7. Auflage, Stuttgart, 1963
Kunze, Richard - Schmid, Carl	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Kommentar, 2. Auflage, Stuttgart, 1964
Laforet, Wilhelm	Deutsches Verwaltungsrecht, München und Leipzig, 1937

Landmann-Giers-Proksch	Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Düsseldorf, 1964
Loschelder, Wilhelm	Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1965
Mang, Johann	Verwaltungsrecht in Bayern, Band I, München, 1952
Mangels, Gerd	Zur Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich der Verwaltungsbehörden in: JZ 1957, 161 f.
Marré, Heiner	Befangenheit im Verwaltungsverfahren, Dissertation Münster, 1960
Masson, Christoph	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern mit Landkreisordnung, München, 1952
Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht, 14. Auflage, München und Berlin, 1965
Maunz, Theodor - Dürig, Günter - Herzog, Roman	Grundgesetz, Kommentar (Losebl.), München, Stand 1968
Mayer, Franz	Zur Frage der Verbindlichkeit behördlicher Zusagen in: JZ 1964, 677 ff.
Mayer, Otto	Deutsches Verwaltungsrecht I. Band, 3. Auflage, München und Leipzig, 1924 II. Band, 3. Auflage, München und Leipzig, 1924
Menger, Christian-Friedrich	System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen, 1954
Model, Otto	Staatsbürgertaschenbuch, 7. Auflage, München und Berlin, 1966
Muntzke, Hans - Schlempp, Hans	Kommentar zur Hessischen Gemeindeordnung mit Handbuch des Gemeinderechts, Bad Homburg und Berlin, 1954
Musterentwurf	Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVerwVerfG 1963) mit Anhang "Münchner Fassung", 2. Auflage, Köln und Berlin, 1968
Nebinger, Robert	Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Stuttgart, 1949

Obermayer, Klaus	Die Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich der Verwaltungsbehörden in: JZ 1956, 625 ff.
Obermayer, Klaus	Das Bundesverfassungsgericht und der Vorbehalt des Gesetzes in: DVBl 1959, 354 ff.
Obermayer, Klaus	Der Verwaltungsakt als Gegenstand von Zusagen und Rechtsauskünften in: NJW 1962, 1465 ff.
Ossenbühl, Fritz	Die Rücknahme von Wohngeldbescheiden und die Rückforderung gezahlter Wohngelder in: DÖV 1967, 246 ff.
Ossenbühl, Fritz	Zum Problem der Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte in: DÖV 1964, 511 ff.
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, bearb. von Bernhard Danckelmann, Max Degenhart, Hans Gramm, Theodor Keidel, Wolfgang Lauterbach, 27. Auflage, München, 1968
Peters, Hans	Lehrbuch der Verwaltung, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1949
Pfeifer, Herbert	Streitgegenstand bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen in: DVBl 1963, 653 ff.
Pieper, Goswin	Zur öffentlich-rechtlichen Zusage in: VerwArch Band 59 (1968), 217 ff.
Pietzonka	Der Beigeladene im Verwaltungsstreitverfahren in: NJW 1954, 102
Quidde, Torsten	Zur Evidenz der Fehlerhaftigkeit in: DÖV 1963, 339 ff.
Rasch, Ernst	Die staatliche Verwaltungsorganisation, Allgemeines - Rechtliche Grundlagen - Aufbau, Köln-Berlin-Bonn-München, 1967 (zitiert als Rasch, Verwaltungsorganisation)

Rasch, Ernst	Die Festlegung und Veränderung staatlicher Zuständigkeiten (Delegation, Mandat, Ausfüllung von Rahmenbestimmungen) in: DÖV 1957, 337 ff.
Rasch, E.	Die Behörde in: VerwArch Band 50 (1959), S. 1 ff.
Rasch, E.	Bemerkungen zur Verwaltungsregion in: DVBl 1968, 832 ff.
Redeker, Konrad - von Oertzen, Hans-Joachim	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Auflage, Stuttgart, 1965
Reichard, Ernst	Wirtschaftsbestimmungen für die Reichsbehörden, Kommentar nebst einem Grundriß des Reichshaushaltsrechts, unveränderter Nachdruck der 3. Auflage, Berlin und Köln, 1956
Reiff, Hermann	Polizeigesetz für Baden-Württemberg, Stuttgart, München, Hannover 1956
Reüß, Hermann	Zuständigkeitsordnung und Rechtsschutzsystem des Reichsleistungsgesetzes in: ZAkDR 1941, 76 ff.
Rietdorf, Fritz	Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes - Einführung und leitende Gesichtspunkte - in: DVBl 1964, 293 ff. und 333 ff.
Ringe, Karl	Zur funktionellen Zuständigkeit der übergeordneten Behörde in: DVBl 1957, 676 f.
Rosenberg, Leo	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Auflage, München und Berlin, 1961
Sartorius, Carl	Verfassungs- und Verwaltungsgesetze der Bundesrepublik, Textsammlung (Losebl.), München
Schiedermair	Widerspruchs- und Aufsichtsverfahren in: BayVBl 1961, 357 ff.
Schneider, Hans	Zum Selbsteintritt der höheren Behörde in Angelegenheiten der unteren Verwaltungsstelle in: DVBl 1950, 702 ff.

Scholler, Heinz	Die Sachherrschaft der Widerspruchsbehörde in: DÖV 1966, 232 ff.
Schunck, Egon - De Clerck, Hans	Das Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Rheinland-Pfalz, Kommentar, Siegburg und St. Goar, 1952 (zitiert als Schunck-De Clerck, VGG Rheinland-Pfalz)
Schunck, Egon - De Clerck, Hans	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Auflage, Siegburg, 1967 (zitiert als Schunck-De Clerck, VwGO)
Simon, Alfons	Zurücknahme begünstigender Verwaltungsakte auf unzulässigen oder unbegründeten Widerspruch Dritter in: BayVBl 1968, 193 ff.
Stein, Friedrich - Jonas, Martin - Schönke, Adolf - Pohle, Rudolf -	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band I, 19. Auflage, Tübingen, ab 1964; seit 1967 fortgef. von Grunsky, Leipold, Münzberg, Schlosser, Schumann (zitiert als Stein-Jonas)
Thieme, Werner	Verwaltungslehre, Köln-Berlin-Bonn-München, 1967
Thieme, Werner	Evidenz und Nichtigkeit in: DÖV 1962, 686 ff.
Thierfelder, Hans	Einige Grundprobleme der Verwaltungsgerichtsbarkeit in: DÖV 1967, 300 ff.
Thoma, Richard	Der Polizeibefehl im Badischen Recht, 1. Teil, Tübingen, 1906
Triepel, Heinrich	Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, Stuttgart und Berlin, 1942
von Turegg, Kurt Egon - Kraus, Erwin	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Auflage, Berlin, 1962
Ule, Carl Hermann	Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Auflage, Köln-Berlin-München-Bonn, 1962 (Band I 2. Halbband, M. von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder) (zitiert als Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit)
Ule, Carl Hermann	Verwaltungsprozessrecht, 4. Auflage, München und Berlin, 1966 (zitiert als Ule, Verwaltungsprozessrecht)

Ule, C. H.	Hat sich der Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg bewährt? in: DVBl 1960, 609 ff.
Ule, Carl Hermann - Becker, Franz	Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, Bemerkungen zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, Köln, Berlin, 1964
Vialon, Friedrich Karl	Haushaltsrecht-Haushaltspraxis-, Kommentar zur Haushaltsordnung (RHO) und zu den Finanzbestimmungen des Bonner Grundgesetzes, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt/Main, 1959
Wawerla, W. - Ambrosius, L.	Das Haushaltsrecht, 2. Auflage, Düsseldorf, 1958
Weides, Peter	Verwaltungsakt und Widerspruchsbescheid in der öffentlich-rechtlichen Arbeit in: JuS 1964, 62 ff. und 446 ff.
Wilhelm, Bernhard	Kein Selbsteintrittsrecht der übergeordneten Behörde in: BayVBl 1964, 277 ff.
Wittern, Andreas	Grundriß des Verwaltungsrechts, 5. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1968
Wolff, Hans J.	Verwaltungsrecht I, 7. Auflage, München, 1968, (zitiert als Wolff, Band I)
Wolff, Hans J.	Verwaltungsrecht II (Organisations- und Diensrecht), 2. Auflage, München und Berlin, 1967 (zitiert als Wolff, Band II)
Wolff, Hans J.	Verwaltungsrecht III (Ordnungs- und Leistungsrecht, Verfahrens- und Prozeßrecht), München und Berlin, 1966 (zitiert als Wolff, Band III)
Wolff, Hans J.	Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten in: MDR 1951, 523 ff.
Zöller, Richard	Zivilprozeßordnung, Kommentar, 10. Auflage, München, 1968

EINLEITUNG

Die Problematik des Selbsteintritts der übergeordneten Behörde an Stelle der unteren Behörde ist nicht neu. Rechtsprechung und Literatur beschäftigen sich seit langem damit. Es kann also nicht Ziel dieser Arbeit sein, absolutes Neuland zu erforschen. Es soll vielmehr versucht werden, zunächst die Fülle des Einzelmaterials zu sichten und das Problem in seiner ganzen Breite und mit allen Randerscheinungen darzustellen, um dann - wenn möglich - als Abschluß einige formelartige "Leitsätze" herauszuarbeiten.

Dies erscheint zum einen deshalb wichtig, weil bis heute trotz aller Bemühungen entscheidende Widersprüche bestehen. Die grundsätzliche Frage, ob überhaupt ein uneingeschränktes Recht zum Selbsteintritt besteht oder nicht, ist noch umstritten [1], von der breiten Meinungsskala zu Ausnahme-, Neben- und Folgeerscheinungen abgesehen [2].

Aufarbeitung und Sichtung des Materials soll aber nicht das alleinige Anliegen der Arbeit sein. Bedeutsamer erscheint die Bearbeitung des Themas im Hinblick auf die seit Jahren geplante Kodifikation des Verwaltungsverfahrens, wovon das Selbsteintrittsrecht einen Teil darstellt [3]. Schon zu Beginn der Diskussion über die Kodifizierung forderten Ule und Bettermann auf der Jahrestagung der "Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer" 1958 in Wien, daß zunächst einmal eine Bestandsaufnahme der derzeitigen Verfahrensregelungen erarbeitet werde [4].

---

1) Vgl. z.B. einerseits BGH Urteil vom 2.4.1962 (III ZR 15/61) DÖV 1962, 615 f. = NJW 1962, 1245 = MDR 1962, 549 = DVBl 1962, 488 = VersR 1962, 618 und Klinger § 68 FI2), die das Selbsteintrittsrecht bejahen, andererseits z.B. OVG Saarland DÖV 1961, 795 und Forsthoff S. 224/225 und S. 420. Eine auf den ersten Blick neuartige Lösung bietet in jüngster Zeit Brunner DÖV 1969, 773 ff. an, vgl. hierzu Kap. VI B).

2) Besondere Aktualität hat etwa die Frage des Selbsteintrittsrecht der Widerspruchsbehörde bei verspätetem Widerspruch erlangt, die erstmals von Buri DÖV 1962, 483 ff. angeschnitten und in der Folge laufend weiter diskutiert wurde; vgl. hierzu im einzelnen unten.

3) Wobei der Streit über den Umfang des Begriffes "Verwaltungsverfahren" dahinstehen soll, vgl. insoweit Haueisen DVBl 1962, 881 ff. Nach der Definition des Verwaltungsverfahrens in § 8 EVerwVerfG 1963 (s. Musterentwurf) gehört das Problem des Selbsteintritts auf jeden Fall hierher.

4) Bericht über die Tagung von Dürig und Mallmann JZ 1959, 291 ff. (293).

Inzwischen liegt der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes vor, der sowohl in der ursprünglichen Fassung von 1963 als auch in der sog. "Münchner Fassung" vom März 1966 [1] nichts zum Selbsteintrittsrecht sagt. Im "Allgemeinen Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein" vom 18.4.1967 [2], das auf der Grundlage des Musterentwurfes ergangen ist, findet sich nur an einer Stelle eine Vorschrift, die sich unmittelbar auf das Selbsteintrittsrecht bezieht [3], und zwar in § 16 Abs. 3, wo es heißt: "Wird eine Weisung der Fachaufsichtsbehörde nicht befolgt, kann bei Gefahr im Verzuge die Fachaufsichtsbehörde an Stelle der angewiesenen Behörde tätig werden (Selbsteintrittsrecht)".

Der EVerwVerfG 1963 soll nach dem Willen seiner Verfasser weitere Anregungen für die spätere endgültige Gesetzesvorlage auslösen [4]. In diesem Sinne möchte diese Arbeit als Diskussionsbeitrag zur Kodifizierung des Verwaltungsverfahrens in Deutschland aufgefaßt werden. Ihre Ergebnisse werden mit dem EVerwVerfG 1963 zu vergleichen sein und möglicherweise zu einem Ergänzungsvorschlag führen können, da sich verschiedene Anknüpfungspunkte hierfür im Entwurf befinden.

---

1) Musterentwurf, Anhang S. 299 ff.

2) GVOBL. Schleswig-Holstein, 1967, S. 131 ff.

3) Eine Verweisung auf § 16 Abs. 3 enthält außerdem noch § 18 Abs. 4 Satz 2.

4) Musterentwurf S. XI: Vorwort des Vorsitzenden des Bund-Länder-Ausschusses Dr. Rietdorf; vgl. auch Geleitwort Schmitt-Vockenhausen, S. IX.

KAPITEL I
BEGRIFF UND ABGRENZUNG

A) HERKUNFT:

Den Begriff "Eintrittsrecht" hat Hatschek geprägt [1]. Er erläutert ihn an zwei Beispielen. Einmal: der Regierungspräsident als Chef der Chausseepolizei läßt "in einem dringlichen Falle" - gemeint ist wohl eine Verkehrsgefahr - nicht nur Prellsteine an einer Chaussee setzen, wofür er zuständig ist, sondern er ordnet zugleich die Reinigung der Straße an, wofür die Ortspolizeibehörde an sich zuständig ist [2]. Zum zweiten spricht Hatschek von einem "Eintrittsrecht" im Verhältnis zwischen Reichskanzler und Staatssekretären [3] nach dem sog. Stellvertretungsgesetz vom 17.3.1878. Nach § 3 dieses Gesetzes hatte der Reichskanzler die Befugnis, jede Amtshandlung der ihn vertretenden Staatssekretäre "auch während der Dauer einer Stellvertretung selbst vorzunehmen".

B) HISTORISCHE ENTWICKLUNG:

Es wäre nun verfehlt anzunehmen, Hatschek habe die verwaltungsrechtliche Erscheinung des "Eintrittsrechts" als erster erkannt und gleichsam neu eingeführt. Er hat vielmehr nur für einen längst bekannten Tatbestand einen einprägsamen Begriff gefunden.

Zur Zeit des Absolutismus waren "Eintritte" der hohen und höchsten Stellen alltäglich. Von Friedrich dem Großen wird berichtet, daß er in das Leben und Treiben der Potsdamer Bevölkerung vielfach mit Einzelanweisungen eingriff [4], was in einer Zeit der Kabinettsjustiz selbstverständlich als rechtmäßig angesehen wurde. Mit den Anfängen der Selbstverwaltung und der Errichtung von Unterbehörden, sog. Provinzialbehörden, zu Beginn des 19. Jahrhunderts wurde das Eintrittsrecht der höheren Instanzen mehr und mehr angezweifelt [5]. Ein echtes Problem wurde daraus jedoch erst, als Zuständigkeitskataloge eingeführt wurden, deren Einhaltung im Gegensatz zum Polizeistaat [6] der vorangegangenen Zeit

---

1) S. 81; so auch schon in der 2. Auflage von 1922, S. 75.
2) ebenda.
3) S. 121; Staatssekretäre nach damaligem Recht sind die Vorläufer der Minister (von Hatschek auch "Unterminister" genannt).
4) Vgl. W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 85.
5) Vgl. hierzu im einzelnen Gerland, AöR Band 17, 230 ff. mit vielen Beispielen aus der Rechtsprechung.
6) Vgl. Wolff, Band II, S. 13.

streng beachtet wurde. In diese Phase fällt auch die erste einschlägige Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 9.6.1877 [1], die Ausgangspunkt einer ständigen Rechtsprechung dieses Gerichtes wurde [2]. Von diesem Zeitpunkt an beschäftigten sich Literatur und Rechtsprechung fast ständig mit den Fragen des Eintrittsrechts, besonders häufig und intensiv in Krisenzeiten wie etwa kurz nach dem 2. Weltkrieg, wenn die Ordnung in der Verwaltung erschüttert ist [3].

Inwieweit zum Wandel der Auffassungen über das "Eintrittsrecht" die Übergänge von der Monarchie zur Republik, vom Absolutismus oder von der Diktatur des Dritten Reiches zur Demokratie, Gewaltenteilung und zum Rechtsstaat heutiger Prägung beigetragen haben [4], mag - zumindest vorerst - dahinstehen. Entscheidend war in erster Linie das stetige Anwachsen der Verwaltungsaufgaben und damit der Verwaltungsbehörden. Deren Zusammenarbeit brachte notgedrungen Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich, deren eine in vertikaler Richtung die Frage des Eintrittsrechts der übergeordneten Behörde ist.

C) HEUTIGER BEGRIFF UND UMFANG:

Hatscheks Begriff entwickelte sich in den folgenden Jahren weiter. Seit einiger Zeit haben sich die Begriffe "Selbsteintritt" und "Selbsteintrittsrecht" eingebürgert [5]. Vereinzelt findet man auch die Ausdrücke "Eingriffsrecht" [6] und neuerdings "Evokationsrecht" [7], die sich jedoch nicht durchgesetzt haben und wohl auch nicht so plastisch sind wie die gängige Bezeichnung.

Zugleich mit dieser sprachlichen Erweiterung des Begriffs erfolgte im Laufe der Zeit auch eine sachliche Ausweitung des Begriffsinhalts. Früher hatte man das Problem des Selbsteintrittsrechts nur im Polizeirecht gesehen [8], und sogar

---

1) PrOVGE 2, 415 ff.

2) Vgl. vor allem PrOVGE 3, 345 ff.; 5, 68 ff.; 5, 324 ff.; 10, 357 ff.; 20, 297 ff.; 49, 397 ff.; 53, 321 ff.; 59, 301 ff.; 74, 341 ff.

3) Vgl. Schneider DVBl 1950, 702 ff. (702), Brunner DÖV 1969, 773 ff. (773).

4) Schneider a.a.O. S. 704 bezeichnet Erwägungen in dieser Richtung als überflüssige "weltanschauliche Dekoration".

5) Vgl. statt vieler: Wolff, Band II, S. 24 u. S. 100; Wilhelm Bay VBL 1964, 277 ff.; s.a. § 16 Abs. 3, LandesverwG Schleswig-Holstein.

6) Thoma, S. 174 (N.B. im Jahre 1906).

7) Thieme, S. 343; Wittern S. 64; Glatz u. Haas JöR NF Band 6, 223 ff. (239); Ipsen, Hamburgs Verwaltung, S. 361.

8) Vgl. PrOVGE 2, 415 ff. und Gerland AöR Band 17, 230 ff.

bezweifelt, ob eine allgemeingültige Lösung der anstehenden Fragen für alle Bereiche der Verwaltung möglich sei [1]. Heute, nachdem das Polizeirecht nicht mehr die dominierende Rolle wie früher spielt, sondern die polizeilichen Aufgaben nur noch einen von vielen gleichbedeutenden Teilen der Verwaltung ausmachen, umfaßt man mit dem Begriff des Selbsteintritts eine Erscheinung in allen Verwaltungsbereichen, und zwar das Einschreiten einer übergeordneten Behörde an Stelle der untergeordneten.

D) NORMALFALL DES SELBSTEINTRITTS:

Bei der grundsätzlichen Abwägung des Für und Wider des Selbsteintrittsrechts ist diese Definition jedoch zu weit, um mit ihr sauber arbeiten zu können. Es soll daher als Arbeitsgrundlage zunächst [2] von folgendem engeren Tatbestand ausgegangen werden: Selbsteintritt liegt vor, wenn eine übergeordnete [3] weisungsberechtigte Verwaltungsbehörde an Stelle einer an sich zuständigen untergeordneten Behörde erstmalig in einer Angelegenheit einen Verwaltungsakt erläßt.

I) "Über- und Unterordnung":

Mit diesem Merkmal soll zunächst klargestellt sein, daß ein Instanzenzug vorhanden sein muß, innerhalb dessen die beteiligten Behörden verschiedene Rangstufen innehaben, wobei es gleichgültig ist, ob der Instanzenzug zwei- oder dreistufig ist und ob beim Selbsteintritt etwa die dritte Stufe unter Überspringen der zweiten Stufe direkt gegenüber der ersten Stufe handelt.

Wichtiger für die weitere Betrachtung ist jedoch das in diesen Zusammenhang gehörende Merkmal der Weisungsberechtigung. Damit soll außer dem Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung [4], wo sich das Weistungsrecht eigentlich zwangsläufig aus dem hierarchischen Behördenaufbau ergibt [5], auch der Bereich

---

1) So PrOVG a.a.O. S. 423.

2) Spezialtatbestände unten im Anschluß an Kapitel II.

3) Der Ausdruck "höhere" Verwaltungsbehörde ist mit Vorsicht in diesem Zusammenhang zu gebrauchen, da damit i.d.R. speziell die mittleren Behörden im Behördenzug gemeint sind; vgl. Rasch, DVBl 1968, 832 ff.

4) Vgl. die Definition bei Wolff, Band I, S. 25: "Kompetenzen eines Staates werden von dessen eigenen nicht rechtsfähigen Organen wahrgenommen".

5) Vgl. Peters, S. 48.

der Auftragsverwaltung bzw. der Erfüllung von Pflichtaufgaben nach Weisung [1] [2] durch die Selbstverwaltungsträger bei der folgenden grundsätzlichen Untersuchung mitumfaßt sein. Entscheidendes Kriterium ist ein Weisungsrecht der übergeordneten Behörde außer in rechtlicher, vor allem in sachlicher Hinsicht [3], also auch in Bezug auf Zweckmäßigkeitsüberlegungen. Ausgeklammert werden soll in erster Linie der Bereich der Selbstverwaltung, und hier insbes. der der kommunalen, also die Fragen des Selbsteintritts der Rechtsaufsichtsbehörden.

II) "Verwaltungsbehörde":

Unter Behörde wird verstanden eine selbständige nicht rechtsfähige Einheit von Waltern, Aufgaben und Zuständigkeiten, die die Befugnis besitzt, nach außen hin hoheitlich tätig zu werden [4].

Von dieser Abgrenzung ausgehend gehören von vornherein nicht zum Problemkreis Selbsteintritt Eingriffe von Behördenleitern in ihnen unterstellte Behördenteile, da diese keine organisatorischen Einheiten darstellen und auch keine Selbständigkeit nach außen besitzen [5]. Ebenfalls außer Betracht bleiben Selbsteintritte auf Kabinettsebene, die vorwiegend nach staatsrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen sind [6].

Ganz ausgeschieden wird ferner das Verhältnis zwischen unselbständigen, nicht rechtsfähigen Anstalten, Schulen, Friedhofsämtern u. ä. und deren Anstaltsträgern, da dies den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde. In diesem Verhältnis ist meist die Anstalt schon gar keine Behörde i. o. S. [7], und Rechtsverhältnisse zum Benutzer entstehen in der Regel durch Verwaltungsakte des Anstaltsträgers [8]. Soweit natürlich spezialgesetzlich in einzelnen Angelegenheiten die nichtrechts-

---

1) Vgl. zum Unterschied der beiden Kategorien, der hier allerdings ohne Belang ist, Bachof, Band II, Nr. 451.

2) So die Diktion z. B. von § 2 Abs. 3 GemO BW und § 2 Abs. 4 KreisOBW.

3) Wobei der Umfang des im einzelnen festgelegten Weisungsrechts - s. § 2 Abs. 3 2. Halbsatz GemO BW - keine Rolle spielen soll. Im Zweifel wird von einem unbeschränkten Weisungsrecht ausgegangen.

4) So Rasch, VerwArch Band 50, 1 ff. (10) und Goes BaWüVBl 1962, 129 ff. (130).

5) Vgl. Huber, Band I, S. 86 f.

6) Etwa nach Art 65 GG.

7) Wolff, Band II, S. 307 spricht von "Quasiorganen".

8) Vgl. Wolff, Band II, S. 327.

fähigen Anstalten als untere Verwaltungsbehörden gelten, sind auch sie einbezogen. So bestimmt etwa § 7 Abs. 2 SchVOGBaden-Württ. [1]: "Soweit die Schule auf dem Gebiet der inneren Schulangelegenheiten einen Verwaltungsakt erläßt, gilt sie als untere Sonderbehörde im Sinne des § 17 Abs. 4 des Landesverwaltungsgesetzes". Damit ist bei solchen Entscheidungen die Schule als Behörde auch Teil der unmittelbaren Staatsverwaltung [2].

III) "Durch Verwaltungsakt":

Hier sind entsprechend der gängigen Begriffsbestimmung des Verwaltungsaktes [3] vorerst die Spezialfragen bei Selbsteintritten im fiskalischen Bereich, in Prozessen, durch Zusagen ohne unmittelbare Rechtswirkungen, bei Rechtsetzungsakten u.a. ausgeklammert [4].

IV) "An sich zuständige Behörde":

Vorerst soll nicht interessieren, wie die Zuständigkeit einer Behörde im einzelnen zustande gekommen ist. I.d.R. wird davon ausgegangen werden, daß die Zuständigkeitsverteilung durch ein Gesetz im formellen Sinne erfolgt ist, und nicht etwa durch Delegation, Verwaltungsanordnung oder Mandat.

V) "Erstmalig in einer Angelegenheit:

Ob eine übergeordnete Behörde ein Recht zur Aufhebung und Abänderung eines bereits vorhandenen Verwaltungsaktes einer untergeordneten Behörde hat, insbesondere auf Grund einer Dienstaufsichtsbeschwerde, ist eine im Zusammenhang mit dem "normalen" Selbsteintrittsrecht recht wenig geklärte Frage. Sie müßte

---

1) Gesetz zur Vereinheitlichung und Ordnung des Schulwesens v. 5.5.1964, GBl. Baden-Württemberg S. 235.

2) Ähnliche Bestimmungen wie § 7 Abs. 3 SchVOG BW gelten übrigens in fast allen Bundesländern, vgl. die Nachweise bei Wolff, Band II, S. 343.

3) § 27 EVerwVerfG (s. Musterentwurf) "Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere öffentlich-rechtliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öff. Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist".

4) Das Problem des Durchschlagens einer internen Weisung in einen Verwaltungsakt liegt sowieso außerhalb des Rahmens der Arbeit; vgl. hierzu Bachof, Festschrift Laforet, S. 285 ff.

eigentlich vom Standpunkt der überwiegend hierzu vertretenen Auffassung aus bereits bei der Abwägung des Für und Wider des "normalen" Selbsteintritts behandelt werden. Es erscheint jedoch sinnvoller und richtiger, wie noch zu zeigen sein wird, diesen Komplex erst später, im Anschluß an die generelle Untersuchung, zu behandeln.

VI) Beispiele:

Zur Verdeutlichung des so abgegrenzten Begriffes des "normalen" Selbsteintritts mögen folgende Beispiele dienen, an Hand deren die Argumentation des Für und Wider erprobt werden kann:

1) Statt des Landratsamtes [1] erläßt das Regierungspräsidium [2] oder das Innenministerium einen Verwaltungsakt, z.B. die Entscheidung über eine Wasserentnahme von geringem Umfang aus einem öffentlichen Gewässer [3] (Beispiel aus der unmittelbaren Landesverwaltung: Instanzenzug der allgemeinen Verwaltungsbehörden).

2) Das Kultusministerium oder ein Oberschulamt erläßt an Stelle des zuständigen Kreisschulamtes einen Verwaltungsakt, z.B. eine Ausnahmegenehmigung bei Umschulung [4] (Beispiel aus der unmittelbaren Landesverwaltung: Instanzenzug der besonderen Verwaltungsbehörden).

3) Das Bundeswehrverwaltungsamt oder eine der Wehrbereichsverwaltungen erläßt an Stelle des zuständigen Kreiswehrersatzamtes einen Musterungsbescheid [5]

---

1) So die Bezeichnung der unteren staatlichen Verwaltungsbehörde in Baden-Württemberg; in anderen Bundesländern "Oberkreisdirektor" (NW) oder "Landrat" (Hessen). Niedersachsen und Schleswig-Holstein haben überhaupt keine untere staatliche Verwaltungsbehörde, von den Stadtstaaten ganz abgesehen. Vgl. hierzu Baumann, S. 35.

2) Soweit eine solche Mittelinstanz überhaupt vorhanden ist; sie fehlt in Schleswig-Holstein und im Saarland.

3) Beispiel gebildet nach baden-württembergischem Recht, vgl. §§ 95, 96 Wassergesetz v. 25.2.1960 (GBl. S. 17). Die allgemeinen unteren staatlichen Verwaltungsbehörden haben in den einzelnen Ländern sehr unterschiedliche Zuständigkeitsbereiche; s. Baumann, S. 54 mit beispielhafter Zusammenstellung für Baden-Württemberg S. 75 ff.

4) Diese Fallgestaltung liegt der Entscheidung des OVG Saarland DÖV 61, 795 zugrunde.

5) Vgl. Wehrpflichtgesetz in der Fassung vom 14.5.1965 (BGBl I S. 391 ff.); dort: § 14 Behördenaufbau, § 17: Zuständigkeit der Kreiswehrersatzämter zur Musterung.

(Beispiel aus der unmittelbaren Bundesverwaltung).

4) Statt des Bürgermeisters als Ortspolizeibehörde trifft das Landratsamt als Kreispolizeibehörde oder das Regierungspräsidium als Landespolizeibehörde oder gar das Innenministerium als oberste Landespolizeibehörde eine Entscheidung [1], z. B. die Einweisung eines Obdachlosen (Beispiel aus der Auftragsverwaltung; Erfüllung von Pflichtaufgaben nach Weisung [2].

---

1) Beispiel nach dem baden-württ. PolG, vgl. zum Behördenaufbau §§ 47, 48.

2) Hier ist das Weisungsrecht beispielsweise unbegrenzt, s. § 51 Abs. 1 Satz 1 PolG BW.

KAPITEL II
FÜR UND WIDER EIN UNBESCHRÄNKTES SELBSTEINTRITTSRECHT

Erster Teil:

Pro Selbsteintrittsrecht:

Zu allererst fällt auf, daß von den Befürwortern des Selbsteintrittsrechts oft überhaupt keine Begründung für ihre Auffassung gegeben wird, sondern als Ersatz von einem althergebrachten allgemeinen Grundsatz des Verwaltungsrechts bzw. der Behördenhierarchie gesprochen wird, der dann keines näheren Beleges mehr bedarf [1].

A) WEISUNGSRECHT:

Wird jedoch eine Begründung gegeben, so geht diese meist dahin, daß aus dem Aufsichtsrecht und dem höheren Rang in der Hierarchie, die Ausdruck im Weisungsrecht finden [2], auch das Recht zum Selbsteintritt fast logischerweise fließe [3].

---

1) So BGH DÖV 1962, 615 f. (616); Klinger § 68 F I 2) unter Bezug auf BGH a.a.O.; Floegel-Hartung, 16. Auflage, Anm. 1 zu § 47 StVO, abgeschwächt in der 17. Auflage,Anm. 1 zu § 47. Ohne Begründung: Model Nr. 161 III. Unklar OVG Münster OVGE 5, 152 ff. = VerwRspr 4, 765 ff., das zwar grds. ein Selbsteintrittsrecht ablehnt unter Bezug auf die Rechtsprechung des PrOVG, im konkreten Fall aber, der keine Besonderheiten aufweist, einen Selbsteintritt für rechtmäßig hält.

2) Laforet, S. 244: "nach dem Grundsatz der Überordnung"; BezVG Hannover MDR 1949, 187 ff. (189): "Instruktions- und Anweisungsgewalt" läßt jedwede Maßnahme der Aufsichtsbehörde zu, auch Ersatzvornahme=Selbsteintritt; Urteil des HessVGH vom 23.4.1954 - OS II 31/52 -, Beschluß des HessVGH vom 26.1.1957 - B I 59/56 - und Urteil des HessVGH vom 12.2.1960- OS I 56a/59 - (alle nicht veröffentlicht) argumentieren direkt von der Weisungsbefugnis her. Ähnlich, allerdings nicht ausdrücklich zum Selbsteintritt; O. Mayer, I. Band, S. 124: "Oberinstanz kann eingreifen und mit rechtlich überwiegendem Willen bestimmen, was Rechtens sein soll".

3) So vor allem auch Brunner DÖV 1969, 773 ff., der nur scheinbar eine Sonderstellung einnimmt; vgl. dazu im Einzelnen unten S. 107 ff. Die von ihm vorgenommene Trennung in die "innenrechtliche" Zulässigkeit des Selbsteintritts wegen des Weisungsrechts und das "außenrechtliche" Verbot trotz des Weisungsrechts bringt wohl wenig, da der Selbsteintritt eben gerade nach außen wirkt.

Auch mache es eigentlich keinen Unterschied, ob eine Entscheidung durch die untergeordnete Behörde auf Grund einer Weisung oder durch Selbsteintritt der übergeordneten Behörde ergehe, ja letzteres sei sogar zweckmäßiger [1].

I) Notwendigkeit:

Die Aufgaben der heutigen Gemeinwesen sind unzählig. Zu ihrer Bewältigung bedarf es der Aufgliederung auf vielerlei selbständige Verwaltungseinheiten, d. h. grob gesagt auf Behörden. Wie jede größere Maschine Verbindungsleitungen zwischen ihren einzelnen Teilen benötigt, um ein reibungsloses Funktionieren zu ermöglichen, bedarf auch der Staat irgendwelcher Koordinierungshilfen, um seinen Behördenapparat in Schwung zu halten. Zu diesen gehört etwa das Institut der Amtshilfe zwischen den Behörden, das gesetzlich vielfach vorgeschriebene Zusammenwirken mehrerer Behörden an einer Entscheidung, und in vertikaler Richtung eben das Weisungsrecht der zur Fach- oder Sachaufsicht [2] berechtigten Behörden gegenüber den untergebenen Behörden.

II) Funktion:

Da jede Behörde eine selbständige und eigenverantwortliche Einheit darstellt, ist es möglich, daß jede auch ihre eigene Meinung zu den an sie herangetragenen Aufgaben hat. Ein Gemeinwesen kann es sich aber nicht leisten, daß von seinen einzelnen Verwaltungseinheiten bei gleicher Problemlage unterschiedliche Auffassungen vertreten werden, soll nicht die Wirksamkeit der Verwaltung und das Vertrauen der Bürger in die Verwaltung leiden. Es ist daher notwendig, daß die höheren und höchsten Behörden, die jeweils eine größere Anzahl von Unterbehörden zu überwachen haben, in deren Tätigkeit eingreifen können mittels Weisungen, einerseits korrigierend bei rechtlich fehlerhaften Entschei-

---

1) So VG Minden DÖV 1962, 115 f. Allerdings handelte es sich hier um die Behandlung eines verspäteten Widerspruchs; entscheidend ist jedoch der Satz, daß statt einer Anweisung an die nachgeordnete Behörde auch selbst durch die übergeordnete Behörde entschieden werden könne. So ähnlich auch BVerwG NJW 1960, 1781.

2) Es soll nicht näher auf die Begriffspalette der Aufsicht in sachlicher Hinsicht eingegangen werden. Für den Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung findet sich vielfach hierfür noch der Begriff "Dienstaufsicht", den Wolff, Band II, S. 95, zu Recht aber auf den persönlichen Bereich beschränkt sehen will.

dungen, andererseits leitend, wo zwar mehrere Entscheidungen rechtlich möglich, aber nur eine sinnvoll, zweckmäßig und sachlich angebracht erscheint.

Besonders bedeutsam wird diese Garantie für Rechtmäßigkeit und Einheitlichkeit der Verwaltung durch das Weisungsrecht [1] dort, wo in Rechte des Bürgers eingegriffen bzw. über Ansprüche entschieden wird. Der Bürger A, der im Bereich des Landratsamtes A bzw. des Regierungspräsidiums A wohnt, würde es nur schwer verstehen, würde ihm eine Wasserentnahme [2] aus einem öffentlichen Gewässer versagt werden, während bei gleicher Sachlage dem Bürger B im Landkreis B bzw. Regierungsbezirk B dies genehmigt würde. Solche Divergenzen können verhindert werden durch Weisungen der betr. Regierungspräsidien A und B oder aber sogar des allen übergeordneten Innenministeriums. Von der Sicht des Bürgers aus gewährleistet somit die Weisungsbefugnis der übergeordneten Behörden die richtige und gleichmäßige [3] Gesetzesanwendung. Das Rechtsinstitut der Weisung ist daher, so Barfuß [4], "geradezu als Strukturelement des Rechtsstaates anzusehen".

Für den Aufgabenbereich der unteren Verwaltungsbehörden, und hier insbesondere für das Gebiet der leistungsgewährenden Verwaltung, ist noch auf folgendes hinzuweisen: Untere Behörden sehen ab und zu nur ihre spezifischen örtlichen Aufgaben und Probleme, nach denen sie ihre Entscheidungen ausrichten. Demgegenüber liegt es oftmals in Interesse des Gesamtstaates, überörtliche Gesichtspunkte von überragender Bedeutung durchzusetzen, deren Erkenntnis den größeren Überblick der übergeordneten Behörden voraussetzt. Ihr Hilfsmittel, im Interesse der Allgemeinheit allzu egozentrische Einzelinteressen der unterstellten Behörden zu steuern, ist in erster Linie wiederum das Weisungsrecht [5].

Letztlich bedürfen gerade die obersten Behörden, vor allem die Ministerien, des Weisungsrechts, da sie die politische Verantwortung für ihren jeweiligen Sachbereich tragen [6]. Verantwortung tragen und darüber Rechenschaft ablegen kann nur, wer auch die Möglichkeit besitzt, den ihm unterstellten Behördenapparat nach seinen Vorstellungen zu leiten.

---

1) Vgl. statt vieler Wolff, Band II, S. 93 f. und Fonk S. 66.
2) Im Anschluß an Ausgangsbeispiel 1, oben S. 8.
3) Und damit die Einhaltung des Gleichheitssatzes; so Götz DVBl 1968, 93 ff. (insbesondere S. 97).
4) a.a.O. S. 9.
5) Vgl. z.B. W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 61.
6) Fonk, S. 126.

III) Art und Weise der Ausübung:

1) Wann?

Das Weisungsrecht hat Schutz- und Kontrollcharakter [1]. Es kann dementsprechend präventiv und repressiv ausgeübt werden.

Eine übergeordnete Behörde kann eine untergeordnete Behörde dadurch beaufsichtigen und leiten, daß sie allgemeine Weisungen, etwa in der Form von Runderlassen, herausgibt. Dies ist dann sinnvoll, wenn ein latentes Problem frühzeitig erkannt und vorbeugend Richtlinien bekanntgegeben werden für den Eintritt eines konkreten Falles. Dies dürfte die wirkungsvollste Ausübung des Weisungsrechts sein, mit der am ehesten die Einheitlichkeit und Rechtmäßigkeit der Verwaltung sichergestellt wird. Andererseits setzt der Erlaß von generellen Weisungen aber auch den größten Überblick und besten Spürsinn für problembeladene Situationen voraus.

Entsprechen generelle Weisungen vorwiegend der Leitungsfunktion der übergeordneten Behörden, so dienen Einzelfallweisungen mehr der Korrektur- und Kontrollfunktion [2].

Die präventive Einzelfallweisung stellt, wenn das anstehende Problem gerade erst aufgetaucht und die untergeordnete Behörde sich ihrer Entscheidung noch nicht sicher ist, noch eine Art von Beratung dar. Falls die Entscheidung jedoch intern bei der untergeordneten Behörde schon gefallen ist, der Aufsichtsbehörde bekannt wird und diese anderer Meinung als jene ist, handelt es sich um eine echte Korrektur, die aber noch nicht nach außen dringt. Direkter nach außen wirkt die Weisung erst dann, wenn die untergeordnete Behörde bereits gegenüber dem Bürger gesprochen hat, und die übergeordnete Behörde verlangt, daß diese Entscheidung rückgängig gemacht wird. Diese Korrekturweisung im nachhinein wird durch ihren Vollzug für jedermann sichtbar.

2) Wie?

Da jede Weisung doch einen gewissen Eingriff in die Selbstverantwortlichkeit und Eigenständigkeit der angewiesenen Behörde darstellt [3], sollte von diesem Aufsichtsmittel, insbesondere in der Form der Einzelfallweisungen, so sparsam

---

1) Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 203; von der Groeben-Knack, § 16 Rdz. 1.1 und 1.2.

2) Von der Groeben-Knack, § 16, Rdz. 2.3.

3) Thierfelder, DÖV 1967, 300 ff. (304), spricht allgemein sogar vom "Odium" des aufsichtlichen Eingreifens.

wie möglich Gebrauch gemacht werden [1]. Das Kennzeichen einer guten Verwaltung ist die Steuerung der unteren Behörden durch generelle Weisungen. Einzelweisungen lassen hingegen vermuten, daß Konfliktsituationen nicht gesehen oder übersehen wurden und können, wenn sie häufig angewandt werden, eine gewisse Apathie bei den Weisungsempfängern hervorrufen [2]. Selbstverständlich ist eigentlich, daß Weisungen nicht der sachgerechten Erfüllung der Verwaltungsaufgaben entgegenstehen dürfen [3], d. h. unsachlich motiviert sind. Werden mit der Weisung andere als die Aufsichtszwecke verfolgt, so sieht Fonk [4] hierin sogar eine Durchbrechung der Zuständigkeitsordnung.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß Weisungen am besten entsprechend dem Dienstweg ohne Auslassung von dazwischenliegenden Instanzen erteilt werden. Dies entspricht wohl schon einem Gebot der Klugheit, damit sich nämlich keine Instanz übergangen fühlt, die der angewiesenen Behörde ja auch übergeordnet ist [5].

IV) Vergleich zum Selbsteintrittsrecht:

1) Problemstellung

Die Argumentation vom Weisungsrecht zum Selbsteintrittsrecht verläuft etwa folgendermaßen:

Es sei oft zu langsam und unzweckmäßig, wenn der umständliche Weg über die behördeninterne Weisung eingeschlagen werde, statt daß die übergeordnete Behörde ihre Meinung mittels Selbsteintritts gleich nach außen gegenüber dem Bürger durchsetze. Verwaltungstätigkeit müsse schnell und dynamisch sein und dürfe nicht durch Formalismus in ihrer Effektivität behindert werden [6]. Zwar

---

1) Vgl. Fonk, S. 127, mit Hinweis auf § 106 DGO vom 30.1.1935, und Wolff,Band II, S. 94; vgl. auch Art 77 Abs. 2 bayer. Verfassung und § 4 HessGemO.

2) Wolff,Band II, S. 94.

3) So ausdrücklich BVerfGE 9, 223 ff. (229) im Zusammenhang mit §§ 146, 147 GVG.

4) S. 126. Vgl. hierzu auch BGH DVBl 1959, 623 ff. (624): "Mit der Anweisung geht ein Stück Zuständigkeit auf die anweisende Behörde über"; diese Formulierung geht allerdings wohl zu weit und ist mißverständlich.

5) Fonk S. 126; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 372, hält es außerdem für tunlich, sich direkt an den Behördenvorstand zu wenden, und nicht an einen ihm unterstellten Beamten.

6) So VG Minden DÖV 1962, 115 f. (116).

seien Verwaltungsakte, die von der untergeordneten Behörde auf Grund einer Weisung erlassen werden, dogmatisch weiterhin als Akte der angewiesenen Behörde anzusehen [1]; dies sei dem Bürger jedoch gleichgültig. Materiell gesehen handele es sich eben um eine Entscheidung der anweisenden Behörde.

2) Wirksamkeit von Weisungen:

Richtig ist, daß Formalismus der Verwaltung abträglich ist. Richtig ist auch, daß die Verwaltung dynamisch, phantasievoll, wendig und einfach sein soll [2]. Falsch ist aber, daß diese erwünschten Eigenschaften nicht zum Tragen kommen, wenn mit Weisungen statt mit Selbsteintritten gearbeitet wird.

Zum einen ist der Weg über die Weisung fast immer so schnell wie der direkte Selbsteintritt. Das Korrelat zum Weisungsrecht ist die Gehorsamspflicht des Weisungsempfängers [3]. Wer angewiesen wird, hat unbedingt [4], von rechtswidrigen Weisungen abgesehen, und ungesäumt [5] der Weisung nachzukommen. Die Nichtbefolgung einer Weisung ist ein Disziplinarvergehen [6] mit allen sich daraus für den ungehorsamen Beamten ergebenden Folgen. Schon auf diese Weise ist ziemlich sichergestellt, daß Weisungen von Aufsichtsbehörden der Dynamik und Schnelligkeit der Verwaltung nicht entgegenstehen.

Hinzu kommt, daß Weisungen die konkreteste Form annehmen können, d.h. der zu erlassende Verwaltungsakt kann bis in alle Einzelheiten vorherbestimmt werden [7]. Ein heute kurios wirkendes, aber gleichwohl instruktives Beispiel hierfür bietet eine Entscheidung des PrOVG v. 20.3.1884 [8]: Der anzuweisende

---

1) Vgl. statt vieler: v. Turegg-Kraus, S. 216, und OVG Saarland DÖV 1961, 795.
2) Vgl. Haueisen DVBl 1962, 881 ff. (888), § 75 Landesverwaltungsgesetz Schleswig-Holstein.
3) Vgl. Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 206/207.
4) BGH DVBl 1959, 623 f. (624); Gerland AöR Band 17, 230 ff. (265); W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 371; Fleiner S. 95 f.
5) So BGH DVBl 1959, 623 f. mit der Folge, daß die Aufsichtsbehörde für Schäden haftet, die aus der Befolgung der Weisung entstehen; ebenso Kunze-Schmid § 118 II) 3); a.A. Arndt in einer Anm. zu BGH a.a.O. DVBl 1959. 624 f.
6) Vgl. Drews-Wacke S. 484.
7) Vgl. Forsthoff, Verwaltungsorganisation, S. 15; Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 206.
8) PrOVGE 10, 357 ff.

stellvertretende Amtsvorsteher schien der Aufsichtsbehörde "untauglich" für eine Weisung. Er konnte nämlich nicht schreiben. Das Gericht zeigte auf, wie dennoch statt eines Selbsteintritts eine Weisung erteilt und deren Vollzug sichergestellt werden konnte [1]: "Nötigenfalls konnte er (scil. der Landrat) sogar Konzept und Reinschrift der zu erlassenden Verfügung dem Stellvertreter mit der Aufforderung zusenden ...". Lesen konnte der stellvertretende Amtsvorsteher anscheinend.

Schließlich ist auf die heute bei vielen Behörden vorhandenen technischen Mittel der Nachrichtenübermittlung hinzuweisen. Weisungen können auch telefonisch oder über Fernschreiber erteilt werden, wenn es einmal brandeilig sein sollte.

Zusammenfassend kann festgestellt werden: Die Leitungs-, Kontroll- und Schutzfunktion der Aufsicht innerhalb der Behördenhierarchie vermag ohne Schwierigkeiten und, ohne der Schnelligkeit der Verwaltung Abbruch zu tun, mittels Weisungen erfüllt zu werden. Es ist gar nicht nötig, den übergeordneten Behörden ein weiteres Aufsichtsmittel in die Hand zu geben, nämlich das Selbsteintrittsrecht.

3) Weisung statt Selbsteintritt: Unterschied und Auswirkungen

a) Das Weisungsrecht dient u. a. der Selbstkontrolle der Verwaltung [2]. Kontrollen finden ihre Rechtfertigung darin, daß der Kontrolleur regelmäßig mehr sieht als der zu Kontrollierende. Nun kommt es aber auch vor, daß sich der Kontrolleur irrt, ganz abgesehen vom Mißbrauch der Kontrollmittel, d. i. des Weisungsrechts. Es bedeutet eine gesteigerte Selbstkontrolle und einen zusätzlichen Schutz für den Bürger, wenn solche Irrtümer ihrerseits korrigiert werden können. Dementsprechend ist eine Remonstrationspflicht der Beamten bei rechtswidrigen Weisungen gesetzlich festgelegt, etwa in § 56 Abs. 2 Bundesbeamtengesetz [3]. Glaubt eine Aufsichtsbehörde, in einer Angelegenheit einer untergeordneten Behörde eingreifen zu müssen, und setzt sie ihre Auffassung mittels Selbsteintritt direkt nach außen, dem Bürger gegenüber, durch, so kann es zu einer wirksamen Remonstration gar nicht mehr kommen, da bereits vollendete Tatsachen geschaffen worden sind. Demgegenüber würde bei einer entsprechenden, inhaltlich falschen Weisung eine verwaltungsinterne Richtigstellung noch möglich sein [4]. Diese Chance, falsche Entscheidungen auf Grund von Gegenvorstellungen

---

1) S. 367.

2) BVerfGE 3, 377 ff. (382).

3) I.d.F. vom 22.10.1965 (BGBl III Nr. 2030-3); ebenso z.B. § 69 Abs. 2 LandesbeamtenG Bad.-Württ. Vgl. auch Barfuß S. 95.

4) Die Möglichkeit einer Korrektur hängt natürlich auch davon ab, ob die Auffassung der Aufsichtsbehörde zu einer Begünstigung oder Belastung des betr. Bürgers führt.

der angewiesenen Behörde zu vermeiden, sollte nicht aufs Spiel gesetzt werden, selbst wenn sie nur selten wahrgenommen würde. Gegenvorstellungen auf Weisungen hin brauchen die Fixigkeit und Wirksamkeit der Verwaltung nicht zu beeinträchtigen. Das Remonstrationsrecht berührt nämlich die Gehorsamspflicht nicht. Außerdem haben Remonstrationen keine aufschiebende Wirkung [1], so daß unrichtige Einwendungen der angewiesenen Behörde keinen Schaden anrichten können.

Dieser im Gebrauch von Weisungen statt Selbsteintritten liegende Vorteil gilt für alle Arten von Entscheidungen, auch da, wo nicht nur eine Entscheidung rechtlich möglich ist, sondern wo es um Ermessensausübung oder um Abwägung zwischen mehreren vertretbaren Lösungen nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten geht. Hier besteht zwar keine Pflicht der angewiesenen Behörde mehr zur Gegenvorstellung [2], das Recht, Bedenken und Einwendungen gegen eine Weisung der Aufsichtsbehörde vorzubringen, bleibt jedoch bestehen. Aussprachen zwischen untergeordneter und übergeordneter Behörde aus Anlaß einer Weisung fördern die Rechtmäßigkeit, Sachlichkeit und Wirksamkeit der Verwaltung.

Ein Beispiel aus eigener Anschauung [3] möge dies verdeutlichen: Das Landratsamt A hat einen Antrag auf Erteilung eines Flüchtlingsausweises zu bescheiden. Es will dem Antrag stattgeben. Auf irgendeine Weise erfährt das Regierungspräsidium hiervon, das seither eine entgegengesetzte Praxis handhabte. Dementsprechend will das Regierungspräsidium das Landratsamt anweisen. Ein aus diesem Grunde geführtes Telefongespräch führt zu einer Diskussion der Sachbearbeiter der beiden Behörden. Der Beamte des Landratsamtes will aus guten Gründen an seiner Auffassung festhalten. Daraufhin wird von der beabsichtigten Weisung Abstand genommen und statt dessen durch das Regierungspräsidium die umstrittene Frage dem Innenministerium vorgetragen. Von dort kommt nach einiger Zeit ein Runderlaß an alle Behörden, wonach künftig entsprechend der Auffassung des Landratsamtes A zu verfahren ist.

Zu dieser verwaltungsinternen Doppelkorrektur wäre es vermutlich nicht oder zumindest nicht so schnell gekommen, hätte das Regierungspräsidium kurzerhand seine Auffassung direkt durch Bescheidung des Antrages, also mittels Selbsteintritt, durchgesetzt. Auf jeden Fall wäre der konkrete Antrag, der den Anstoß gegeben hatte, nach der bisherigen, falschen Ansicht des Regierungspräsidiums entschieden gewesen.

---

1) Vgl. Drews-Wacke, S. 484; Reiff S. 179.
2) Vgl. Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 77.
3) Während der Ausbildung beim Landratsamt.

b) Die Möglichkeit, über die Ansicht einer Aufsichtsbehörde noch diskutieren zu können, wenn sie in einer Weisung statt in einem Selbsteintritt Ausdruck findet, fördert auch die Zusammenarbeit und das Vertrauensverhältnis zwischen untergeordneter und übergeordneter Behörde [1]. Mehr Vertrauen von unten nach oben führt in der Regel zu mehr Information. Präzise Information über anstehende Probleme wiederum begünstigt die Wirksamkeit der Aufsicht, da so eher präventive Richtlinien gegeben werden können, die ihrerseits die Arbeit der untergeordneten Behörden erleichtern. Im Idealfall führt dieses Vertrauen der untergeordneten Behörde zu den höheren Instanzen sogar dazu, daß weitreichende und schwierige Probleme mit der Bitte um Aussprache von sich aus "oben" vorgetragen werden [2].

c) Auch das Argument, dem Bürger sei es gleichgültig und könne es auch gleichgültig sein, daß ein Verwaltungsakt nach Weisung ein solcher der angewiesenen Behörde bleibe, begegnet Bedenken. Bei vielen Entscheidungen ist es nicht damit getan, dem Bürger schlicht den Ausspruch der Verwaltung in der Hauptsache mitzuteilen. Es sind anschließend oft weitere nicht vorhersehbare Maßregeln und Anordnungen zu treffen, die zwar nicht Verwaltungsakte zu sein brauchen, gleichwohl für den Bürger aber von Bedeutung sind. Auch wird der betroffene Bürger gelegentlich Rückfragen haben, und wendet sich in der Regel dann an die für ihn zuständige, also die untergeordnete angewiesene Behörde. Solche Beratungen und Folgeentscheidungen, die der untergeordneten Behörde zufallen, werden wohl besser und schneller erledigt, wenn diese Behörde den ersten Verwaltungsakt auch materiell als ihren eigenen betrachtet. Dies wird ihr bei einer Weisung mit der Möglichkeit der Remonstration leichter gemacht als beim Selbsteintritt, wenn sie ganz ausgeschaltet wird. Bei Durchsetzung der Aufsicht mittels Weisungen ist die angewiesene Behörde, da der ganze Verkehr mit dem Bürger über sie abgewickelt wird, zudem immer auf dem laufenden, was beim Selbsteintritt - zumindest zeitweise - fraglich erscheint.

V) Ergebnis:

Bei richtiger Erkenntnis und Ausschöpfung der Möglichkeiten des Weisungsrechts ergibt sich zum einen, daß gerade das Weisungsrecht ein Selbsteintrittsrecht entbehrlich macht.

---

1) Vgl. hierzu auch unten, Kapitel II, Zweiter Teil, "Selbstverantwortlichkeit der Behörden".

2) Dies sollte natürlich nicht dazu führen, daß aus Angst vor der Verantwortung Weisungen erbeten werden, um sie dann sklavisch nachzuvollziehen; vgl. hierzu Fonk S. 128 ("Verwaltungsscheu").

Zum andern zeigt sich, daß von den vermeintlichen Vorteilen des Selbsteintritts gegenüber der Weisung nichts übrig bleibt [1], ja daß es sogar für das Ansehen und die Wirksamkeit der Verwaltung besser erscheint, wenn die übergeordneten Behörden per Weisung in Angelegenheiten der untergeordneten Behörden eingreifen, statt selbst einzutreten.

Der Schluß vom Weisungsrecht auf das Selbsteintrittsrecht zieht auf jeden Fall nicht [2].

B) ORGANISATIONSGEWALT

I) Argumentation des Reichserbhofgerichts

Aus der Organisationsgewalt der Exekutive scheint das Reichserbhofgericht die Rechtfertigung für den uneingeschränkten Selbsteintritt abzuleiten, wenn es in REHG 4, 186 ff. (188) ausführt [3]: "Führer und gesetzlicher Vertreter des Reichsnährstandes ... ist allein der Reichsbauernführer. Dieser kann die Vertretungsbefugnis mit dem Recht zur Weiterübertragung auf die ihm nachgeordneten Stellen übertragen. Darauf beruht die Vertretungsbefugnis, soweit sie den Landesbauernführer und den Kreisbauernführern .. zusteht. Die Vertretungsbefugnis der Landesbauernführer und der Kreisbauernführer ist also keine selbständige, sondern eine abgeleitete ... Daraus folgt, daß der Reichsbauernführer und der Landesbauernführer trotz der Weiterübertragung ... nach wie vor zur Wahrnehmung der Aufgaben, bei denen die Landesbauernführer und die Kreisbauernführer kraft der Übertragung auch vertretungsberechtigt sind, befugt bleiben, so daß es nicht einmal der Erwägung bedarf, daß sie die von ihnen übertragenen Befugnisse jederzeit wieder an sich ziehen können" [4].

Nach dieser Begründung des Gerichts muß man eigentlich annehmen, die Zuständigkeit der mittleren und unteren Instanzen sei durch Verwaltungsanordnung

---

1) Zu allenfalls noch möglichen Zweifeln wegen der größeren Schnelligkeit des Selbsteintritts, vgl. unten C). Echte Eilfälle sind entspr. der Ausgangsposition sowieso vorläufig ausgeklammert, vgl. hierzu Kapitel V, "Gefahr im Verzuge".

2) So auch VGH Kassel NJW 1960, 1317; Schneider DVBl 1950, 702 ff. (702); Menger, Verw Arch Bd. 53 (1962), S. 397; Huber, Band II, S. 720.

3) Beschluß vom 27.5.1937.

4) Es handelte sich um einen Selbsteintritt des Landesbauernführers, der an Stelle des Kreisbauernführers gegen eine Entscheidung des Anerbengerichts Beschwerde eingelegt hatte.

o.ä. in einer Art konservierender Delegation des Reichsbauernführers geregelt gewesen. Dem ist aber nicht so. Die Zuständigkeit der einzelnen Instanzen des Reichsnährstandes war eindeutig und bis in alle Einzelheiten im Reichserbhofgesetz [1] festgelegt. Die Bezeichnung einer gesetzlichen Kompetenz der untergeordneten Behörde [2] als von den übergeordneten Instanzen abgeleitete "Vertretungsbefugnis" und die daraus vom Gericht mit Leichtigkeit gezogene Folgerung für den Selbsteintritt, ist heutzutage [3] von vornherein abzulehnen. Sie ist nämlich nur zu rechtfertigen, wenn man von einer Gesetzgebungsbefugnis der obersten Verwaltungsbehörden des jeweiligen Instanzenzuges ausgeht, also die Gewaltenteilung verneint. Vermutlich hat für diese Argumentation des Reichserbhofgerichts das allmächtige Führerprinzip des Dritten Reiches den Ausschlag gegeben [4].

II) Nach heutiger Auffassung:

Nachdem sich in der vom Reichserbhofgericht gebrachten Art aus der Organisationsgewalt sicher nichts für die Berechtigung eines Selbsteintritts ergibt, bleibt zu prüfen, ob sich am Ergebnis etwas ändert, wenn man vom heutigen Begriff und Umfang der Organisationsgewalt [5] und der heute, unter der Geltung des Grundgesetzes, herrschenden Rechtsauffassung ausgeht.

Unter Organisationsgewalt wird verstanden "die Kompetenz zur Errichtung, Einrichtung, Änderung und Aufhebung von Behörden, zur Bestimmung ihrer Aufgaben und Befugnisse sowie zur Regelung ihres Verfahrens" [6]. Geht man von

---

1) Vom 29.9.1933 (RGBl. I, S. 685).

2) Das Beschwerderecht stand gem. § 48 REG dem Kreisbauernführer allein zu; vgl. auch §§ 10, 18 REG.

3) Ob die Argumentation des REHG überhaupt jemals in dieser Form haltbar war, muß bezweifelt werden angesichts der Aussage von Emig, S. 39 (1935!) "... daß zu den Begriffsmerkmalen auch des nationalsozialistischen Rechtsstaates eine möglichst scharfe Abgrenzung der Zuständigkeiten gehört - ... - dazu aber auch ihre sorgfältige Einhaltung".

4) Vgl. OLG Oldenburg DVBl 1950, 718 f. (719), das sich mit der Entscheidung des REHG auseinandersetzt.

5) Angesichts der Fülle von Meinungen kann im Rahmen der Arbeit nur kursorisch und in vergröbertem Maßstab vorgegangen werden. Vgl. zur Organisationsgewalt u.a.: Forsthoff S. 403 ff., Wolff, Band II, S. 116 ff., Groß DÖV 1963, 51 ff., BVerfGE 16, 6 ff. (21/22).

6) So Kalkbrenner DVBl 1964, 849 ff. (851), der diese Definition als heute gebräuchliche bezeichnet.

den Fällen aus, in denen diese Gewalt der Exekutive zusteht und von ihr ausgeübt wird, könnte man vielleicht so argumentieren: Wer schon die Macht über Existenz und Aufgabenbereich einer Behörde hat, hat erst recht die Macht, alles, was an Aufgaben bei den von ihm geschaffenen Organen [1] anfällt, nach seinem Belieben zu entscheiden, also auch durch Selbsteintritt.

Eine erste Einschränkung dieses Erst-Recht-Schlusses ergibt sich daraus, daß die Organisationsgewalt der Exekutive nur den höchsten Organen zusteht, nämlich den Regierungen und Einzelministerien [2]. Allenfalls ihnen stünde somit ein Selbsteintrittsrecht zu, nicht aber den Mittelbehörden. Entscheidend und ausschlaggebend erscheint, von allen sonstigen aus dem Begriff und der grundsätzlichen Berechtigung der Exekutive zur Ausübung der Organisationsgewalt möglichen Zweifeln abgesehen, daß die Organisationsgewalt qua Definition nur zur Schaffung oder Beseitigung der neuen Behörde als solcher und zum Erlaß von generellen Zuständigkeitsnormen berechtigt [3]. Sie betrifft also nur das äußere, allgemeine Bild der Verwaltungsorganisation. Demgegenüber stellt der Selbsteintritt eine konkrete Maßnahme dar, mit der innerhalb der Organisation die Zuständigkeit in einem Einzelfall verändert wird. Es besteht also ein wesentlicher, ja wesensmäßiger Unterschied zwischen Organisationsgewalt und Selbsteintrittsrecht. Mit der grundsätzlichen Bereitstellung der Behörde und der allgemeinen Zuweisung von Aufgaben endet die Organisationsgewalt, und damit auch die Möglichkeit, aus ihr irgendwelche unmittelbar nach außen wirkende Eingriffe in den konkreten Geschäftsablauf, wie den Selbsteintritt, der neu geschaffenen Behörde zu rechtfertigen. Ist sie nämlich erst einmal ins Leben gerufen, so ist sie ein selbständiges und eigenverantwortliches Organ, an das der Bürger aufgrund der Zuständigkeitsverteilung im Einzelfall verwiesen ist [4]. Eingriffe in

---

1) Damit scheidet für die weitere Untersuchung von vornherein der Bereich der Auftragsverwaltung durch Gebietskörperschaften aus, da deren Existenz von der Organisationsgewalt der Exekutive nicht betroffen ist.

2) Vgl. z.B. Art. 70 Abs. 2 Verfassung Baden-Württemberg, Art. 77 Satz 2 Verfassung Nordrhein-Westf., Art. 77 Abs. 1 Verfassung Bayern sowie bayer. VO über die Einrichtung staatlicher Behörden vom 31.3.1954 (BayBS I, S. 37).

3) Wobei es gleichgültig ist, ob der Exekutive die Organisationsgewalt aus originärem oder abgeleitetem Recht zusteht; vgl. hierzu Kalkbrenner a.a.O.

4) Bei gesetzlicher Zuständigkeitsverteilung, von der hier eigentlich ausgegangen wird, kann mit der Organisationsgewalt sowieso nur wenig angefangen werden. Im Anschluß an die Argumentation des Reichserbhofgerichts sollen daher die kurzen Hinweise genügen. Vgl. im übrigen ausführlicher zum Selbsteintritt bei instruktioneller Zuständigkeitsverteilung unten S. 68 ff.

die Erledigung der konkreten Aufgaben haben dann, wenn die Behörde geschaffen und damit Bestandteil der Organisation geworden ist, organisationsintern zu erfolgen. Dafür steht auch den Inhabern der Organisationsgewalt im Bereich der Exekutive z.B. das Weisungsrecht zur Verfügung.

C) EINSCHLÄGIGE GESETZLICHE BESTIMMUNGEN

I) Ausgangsposition

In der Folge sollen einige gesetzliche Vorschriften untersucht werden, die entweder direkt zum Selbsteintritt von Verwaltungsbehörden oder aber zu ähnlichen Problemlagen etwas aussagen. Diese Untersuchung kann unter zwei Aspekten erfolgen [1].

Das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht, zu dem der Komplex Selbsteintritt gehört, ist bislang nur gewohnheitsrechtlich geregelt. Es fällt oft nicht leicht festzustellen, ob ein Rechtssatz gewohnheitsrechtlich besteht oder nicht, da keine eindeutigen und ohne weiteres abgrenzbaren Fixpunkte bestehen. Gerade für die Frage der Zulässigkeit des Selbsteintritts nehmen Gegner und Befürworter jeweils gewohnheitsrechtliche Geltung in Anspruch [2]. Im kodifizierten besonderen [3] Teil des Verwaltungsrechts und in zwei landesrechtlichen allgemeinen [3] Verwaltungsgesetzen finden sich Vorschriften, die den Selbsteintritt von Verwaltungsbehörden betreffen. Es fragt sich nun, ob diese Bestimmungen einen für alle Verwaltungsbehörden bzw. für das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht geltenden Rechtssatz beinhalten, m. a. W. ob sie nur gesetzlicher Ausdruck und Bestätigung eines bereits gewohnheitsrechtlich bestehenden Selbsteintrittsrechts sind.

Zum anderen kann die Untersuchung unter dem entgegengesetzten und umfassenderen Blickwinkel möglicher Analogieschlüsse durchgeführt werden. Analogieschlüsse sind ein Instrument der Rechtsfortbildung bzw. Rechtsergänzung. Sie können nicht willkürlich und ohne Anlaß gezogen werden, sondern nur da, wo

---

1) Ohne Angabe des Ziels ihrer Untersuchung nehmen z.B. Schneider DVBl 1950, 702 ff. (703) und OLG Oldenburg DVBl 1950, 718 f. (718) Stellung zu § 10 ZPO und § 145 GVG. Auf den zu untersuchenden § 10 ZPO deuten möglicherweise auch einige Stellen hin, wo vom rechtlich überwiegenden Willen der Oberbehörde die Rede ist.

2) Vgl. einerseits BGH DÖV 1962, 615 f. (616), und andererseits Wilhelm BayVBl 1964, 277 ff. (277).

3) Entsprechend der herkömmlichen Trennung zwischen allgemeinem und besonderem Teil des Verwaltungsrechts.

eine Rechtslücke der Ergänzung bedarf. Auch das Gewohnheitsrecht kann ergänzungsbedürftige Lücken aufweisen [1]. Eine Rechtslücke, so sagt Engisch [2], ist eine "unbefriedigende Unvollständigkeit des Rechtsganzen". Von den Befürwortern des Selbsteintrittsrechts wird teilweise vertreten, daß ohne den Selbsteintritt die Schnelligkeit und Zweckmäßigkeit der Verwaltung behindert sei [3], daß also das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht eine Lücke enthalte, wenn das Selbsteintrittsrecht nicht anerkannt werde. Gerade auf diesen Gesichtspunkt, der die "Lücke" aufzeigen soll und damit auch erst den Weg zur Prüfung nach möglichen Analogien eröffnet, wird entsprechend den oben gemachten Bedenken aus dem Weisungsrecht, das den übergeordneten Behörden zur Verfügung steht, besonders zu achten sein.

II) Vorschriften des Verwaltungsrechts:

1) In vier Bundesländern finden sich in den jeweiligen Gesetzen über das allgemeine Verwaltungsverfahren aller Behörden Bestimmungen über das Selbsteintrittsrecht. Dies ist zum einen § 1 Abs. 4 des hamburgischen Gesetzes über die Verwaltungsbehörden [4], wonach der Senat ein unbeschränktes Selbsteintrittsrecht gegenüber seinen untergeordneten Fachbehörden hat. Bereits die Befürworter dieses Gesetzes, Glatz und Haas [5], die seine Berechtigung gegen die grundsätzlichen Angriffe von Ipsen [6] verteidigen, betonen den exzeptionellen Charakter der Vorschrift, die auf die besonderen Verhältnisse eines Stadtstaates zugeschnitten sei. Ein Stadtstaat müsse besonders elastisch handeln können und außerdem seien in den Fachbehörden ehrenamtliche Mitarbeiter eingesetzt, denen man keine Weisungen erteilen könne. Schon wegen dieser Besonderheiten, wobei vor allem der zweite Teil der Begründung, nämlich das mangelnde Weisungsrecht, bemerkenswert ist, dürfte aus dieser Gesetzesbestimmung kein allgemeiner Schluß auf das Verfahren aller Verwaltungsbehörden, insbesondere auch derjenigen der unmittelbaren Staatsverwaltung, möglich sein.

---

1) Vgl. Engisch, S. 135.
2) a. a. O. S. 135, vgl. auch S. 138: "Wir dürfen eine Regelung nicht bloß vermuten, wir müssen sie vermissen, falls ihr Nichtvorhandensein sich als 'Lücke' darstellen soll".
3) Vgl. oben S. 14.
4) I. d. F. vom 30. 7. 1952 (GVBl. S. 163).
5) JöR N. F. Band 6, 223 ff. (239, 241).
6) Ipsen, Hamburgs Verwaltung, S. 361 f.

Hinzu kommt noch, daß die drei anderen einschlägigen Regelungen in Berlin [1], Nordrhein-Westfalen [2] und Schleswig-Holstein [3] gerade kein unbeschränktes Selbsteintrittsrecht gewähren, sondern nur in eng begrenzten Ausnahmefällen den Eingriff der übergeordneten Behörden zulassen.

2a) Die meisten Vorschriften zum Selbsteintritt auf einem Einzelgebiet der Verwaltung enthält das Polizeirecht. Hier zeigt schon ein erster Blick eine klare und einheitliche Linie, ähnlich der schleswig-holsteinischen Regelung. Zwar wird durchweg den übergeordneten Polizeibehörden ein Selbsteintrittsrecht zugestanden, jedoch ebenfalls nur bei Vorliegen ganz besonderer Ausnahmesituationen. Das am häufigsten vorkommende gesetzlich festgelegte Tatbestandsmerkmal ist das Vorliegen von "Gefahr im Verzug". Das Preußische Polizeiverwaltungsgesetz vom 1.6.1931 [4], dessen grundsätzliche Bedeutung wohl unbestritten ist, lautet in § 12 Abs. 1: "Die Landes- und Kreispolizeibehörden können in den gesetzlich vorgesehenen Fällen oder bei Gefahr im Verzug die Befugnisse der nachgeordneten Polizeibehörden ausüben ...". Fast gleichlautende Bestimmungen finden sich in den geltenden Polizeigesetzen der heutigen Bundesländer [5].

Aus dieser Tatsache lassen sich zwei Dinge entnehmen. Polizeiliche Aufgabe ist in erster Linie die Gefahrenabwehr. Daher muß die Polizeiverwaltung sicherlich in besonderem Maße einfach und schnell sein. Jeder bürokratische und formalistische Ballast stellt die Wirksamkeit dieses Verwaltungszweiges in Frage. Und gerade hier wird den übergeordneten Behörden k e i n uneingeschränktes Selbsteintrittsrecht in die Hand gegeben, vielmehr sind sie zur Durchsetzung ihrer Meinung nach unten im Normalfall auf das angeblich zu lasche Mittel des Weisungsrechts verwiesen [6]. Vom Argument der mangelnden Wirksamkeit und Schnelligkeit des Weisungsrechts dürfte somit nicht mehr viel übrig bleiben.

---

1) § 8 Abs. 3 Ziff. c) des Allgemeinen Zuständigkeitsgesetzes vom 2.10.1958 (GVBl. S. 947): ..."Wenn eine erteilte Einzelweisung nicht befolgt wird".

2) § 13 Abs. 3 des Landesorganisationsgesetzes vom 10.7.1962 (GVBl. S. 421): ..."bei Gefahr im Verzug oder auf Grund besonderer gesetzlicher Ermächtigung.....".

3) § 16 Abs. 3 des Allgemeinen Landesverwaltungsgesetzes; vgl. oben S. 2.

4) Preußische Gesetzsammlung S. 77.

5) Vgl. z.B. § 53 Abs. 1 PolG BW i.d.F. vom 16.1.1968 (GBl. S. 61); § 98 Abs. 1 Polizeiverwaltungsgesetz von Rheinland-Pfalz vom 26.3.1954 (GVBl. S. 54); weitere Nachweise bei Wolff, Band III, S. 41, Brunner DÖV 1969, 773 ff. (773).

6) Vgl. z.B. § 51 Abs. 1 PolG Baden-Württemberg.

Hiervon ausgehend und angesichts der Konformität der polizeirechtlichen Bestimmungen können auch die eingangs gestellten Fragen beantwortet werden. Folgender Schluß in beiden Richtungen drängt sich geradezu auf: Wenn schon den übergeordneten Polizeibehörden kein uneingeschränktes Selbsteintrittsrecht zugebilligt wird, dann erst recht nicht den anderen, "normalen", Verwaltungsbehörden [1].

b) Inwieweit allein aus den polizeirechtlichen Regelungen Schlüsse auf mögliche Ausnahmetatbestände gezogen werden können, mag dahinstehen. Zumindest dürfte sich schon wegen der eindeutigen Regelung des besonders aufschlußreichen Polizeirechts, das zwar nicht mehr die alles überragende Rolle wie früher spielt, gleichwohl nach wie vor zu den Kerngebieten des Verwaltungsrechts zählt, eine eingehende Betrachtung anderer, vereinzelt vorkommender, verwaltungsrechtlicher Vorschriften erübrigen [2], die ein uneingeschränktes Selbsteintrittsrecht gewähren wie etwa § 47 Abs. 1 StVO [3]. Dabei spielt noch entscheidend mit, daß sich mindestens genauso viele Gegenbeispiele aus anderen Verwaltungsbereichen beibringen lassen [4].

Zum manchmal in diesem Zusammenhang erwähnten § 145 GVG sei noch angefügt: Die Aufgaben der Staatsanwaltschaft ähneln stark denen der Polizei. Soweit also ein Schluß auf das Verwaltungsrecht in Betracht gezogen werden sollte, könnte dieser leicht mit dem entgegengesetzten aus den polizeirechtlichen Bestimmungen gekontert werden. Die Vorschrift des § 145 GVG dürfte deshalb genauso als Ausnahmevorschrift [5] zu qualifizieren sein wie die entsprechenden rein verwaltungsrechtlichen Bestimmungen. Zudem besteht ein sachlicher Unterschied zum Selbsteintritt. Während nämlich die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden in der Regel unmittelbar Recht schaffen, müssen die Maßnahmen der Staatsanwaltschaft normalerweise erst durch einen gerichtlichen Filter, ehe sie sich auf den Bürger auswirken.

---

1) Vgl. Schneider DVBl. 1950, 702 ff. (703).

2) Ganz abgesehen von dem Satz "singularia non sunt extunda", der bei einem Analogieschluß zu beachten wäre; vgl. Engisch, S. 147 ff.

3) I. d. F. der Bekanntmachung vom 29.3.1956 (BGBl. I S. 271, 327). Vgl. außerdem § 1 des Ausführungsgesetzes zum Viehseuchengesetz vom 25.7. 1911 (Preußische Gesetzsammlung S. 149).

4) Vgl. beispielhaft (Baden-Württemberg): § 14 Abs. 1 Satz 2 Naturschutzgesetz vom 8.6.1959 (GBl. S. 53) und § 96 Abs. 1 Satz 3 Wassergesetz vom 25.2.1960 (GBl. S. 17).

5) So Schneider DVBL 1950, 702 ff. (703) und OLG Oldenburg, DVBl 1950, 718 f. (718).

c) Als Mindestergebnis bleibt festzustellen: Die Prüfung einschlägiger gesetzlicher Bestimmungen des Verwaltungsrechts ergibt sicher nichts zugunsten des uneingeschränkten Selbsteintrittsrechts; vielmehr liegt der entgegengesetzte Schluß wesentlich näher [1].

III) § 10 ZPO

Letztlich soll noch der ab und zu im Zusammenhang mit dem Selbsteintrittsrecht genannte § 10 der Zivilprozeßordnung beleuchtet werden. Hier kommt, da diese Vorschrift außerhalb des Verwaltungsrechtes steht, nur ein Analogieschluß in Frage, dergestalt, daß es einen allgemeinen Rechtssatz gebe, wonach übergeordnete Instanzen Entscheidungen der untergeordneten Instanzen jederzeit nach eigenem Gutdünken an sich ziehen können. § 10 ZPO lautet: "Das Urteil eines Landgerichtes kann nicht aus dem Grunde angefochten werden, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichtes begründet gewesen sei".

Analogie ist ein Schluß vom Besonderen auf das Besondere. Entscheidendes Kriterium und Angelpunkt des Schlusses ist die Ähnlichkeit [2]. Dementsprechend ist § 10 ZPO mit dem Selbsteintritt in der Verwaltung zu vergleichen.

1) Zunächst ist festzustellen, daß ein erheblicher Unterschied zwischen Justiz und Verwaltung besteht. Die Tätigkeit des Richters ist statischer, die des Verwaltungsbeamten dynamischer Natur [3]. Dem Richter werden "kranke" Fälle zur nachträglichen Beurteilung vorgelegt, die Verwaltungsbehörden haben in hohem Maße gestaltend und vorwärtsschauend in das Rechtsleben einzugreifen. Dementsprechend ist ihrer Eigeninitiative wesentlich mehr Raum gegeben als der des Zivilrichters, dem der Prozeßstoff ausschließlich von den Parteien geboten wird [4]. Daher dürfte dieser auch eher austauschbar sein als der Verwaltungsbeamte bzw. die Verwaltungsbehörde, von deren speziellen Fachkenntnissen viel abhängt.

2) Außer diesem wesensmäßigen Unterschied der beiden Rechtsgebiete, denen die Vergleichsobjekte angehören, spricht ganz entschieden gegen eine Analogie die ratio legis der gesetzlichen Vorschrift. § 10 ZPO geht von der "präsumtiv besseren Rechtsprechung des Kollegialgerichtes" aus [5] und will bewirken, daß niemand sich auf einen prozessualen Mangel berufen kann, der ihm nur eine bessere prozessuale Behandlung gebracht hat [6]. Es kann dahinstehen, ob dieser

---

1) Im Ergebnis ähnlich Brunner DÖV 1969, 773 ff. (774).
2) Vgl. Engisch, S. 143 und J. Baumann, Einführung, S. 94.
3) Vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20, Rdz. 141.
4) Vgl. Rosenberg S. 295 f. (Verhandlungsmaxime).
5) Vgl. Baumbach-Lauterbach zu § 10 1) A); Stein-Jonas § 10 I).
6) Vgl. Stein-Jonas a.a.O.; Zöller § 10 2).

Schluß im Zivilprozeß so ohne weiteres richtig ist [1]. Auf jeden Fall besteht zwischen übergeordneter und untergeordneter Behörde kein Verhältnis wie zwischen Einzelrichter und Kammer. Jede Behörde, gleichgültig, wo sie im Instanzenzug steht, entscheidet grundsätzlich in gleicher "Besetzung".

3) Schließlich liegt ein weiterer Unterschied zum Selbsteintritt darin, daß das Landgericht keine Weisungsbefugnis gegenüber dem Amtsgericht hat, wie es auch nicht in irgendeiner Weise übergeordnet ist im Sinne der Behördenhierarchie. Letztlich darf nicht übersehen werden, daß § 10 ZPO auch im Verhältnis von Landgericht zu Amtsgericht keineswegs ein Recht zum Heraufziehen von Entscheidungen beinhaltet, sondern lediglich die Rechtsfolge regelt, wenn einmal versehentlich eine Entscheidung vom Landgericht statt vom Amtsgericht gefällt wurde.

4) Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß zwischen der Regelung des § 10 ZPO, der auf die ganz speziellen Belange des Zivilprozesses zugeschnitten ist, und dem Selbsteintritt innerhalb der Verwaltung kein gemeinsamer Nenner gefunden werden kann, der zu einem Analogieschluß berechtigen würde.

Zweiter Teil:

Contra Selbsteintrittsrecht:

Rein statistisch gesehen fällt zunächst auf, daß die Zahl der Gegner [2] eines unbeschränkten Selbsteintrittsrechts ungleich größer ist als die der Befürworter. Es ist daher umso verwunderlicher, wie der BGH zu der Feststellung kommen

---

1) Kritisch dazu Stein-Jonas, a. a. O.

2) Ohne nähere Begründung, teils jedoch unter Bezug auf ausführlichere Stellungnahmen, teils auch aufgrund der negativen Feststellung, es gebe keinen Anhaltspunkt pro Selbsteintrittsrecht, sprechen sich gegen ein Selbsteintrittsrecht aus: VGH Stuttgart DÖV 1949, 19; VG Karlsruhe DÖV 1949, 199; BezVG brit. Sektor Berlin DV 1949, 625; Württ.-Badischer VGH DVBl. 1951, 286; VGH Kassel NJW 1960, 1317; OVG Münster DÖV 1963, 841 f. (842); von Bitter, S. 296; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42, Anhang Randz. 3; Flatten, StuP 1963, 269 ff. (269/270); Fonk, S. 126; von der Groeben-Knack, Anm. 2.6 zu § 16; Heyen, SchlHAnz 1950, 357 ff. (359); Ipsen, Hamburgs Verwaltung, S. 361/362; Nebinger, S. 210; Redeker-von Oertzen, § 78 Anm. 8; Simon, BayVBl 1968, 193 ff. (194); v. Turegg-Kraus, S. 216; Wittern, S. 64; Wolff, Band II, S. 24; Unscharf Thieme, S. 90 = Rdnr. 343, und W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 291 (deutlicher, allerdings nur für die Polizeiverwaltung: S. 433). Weitere Nachweise bei Brunner DÖV 1969, 773 ff. (775 Anm. 15).

kann, es gebe einen allgemeinen althergebrachten Satz, daß eine übergeordnete Behörde ein Selbsteintrittsrecht habe [1].

A) INSTANZVERLUST IM RECHTSMITTELZUG

Dieses Argument [2] springt, da es an gesetzlichen Vorschriften meßbar ist und daher leicht durchschaubar erscheint, zunächst in die Augen. Dementsprechend wird es von etlichen Gerichten und Autoren bereits als ausreichend angesehen zur Ablehnung des Selbsteintrittsrechts [3], wobei jedoch darauf hinzuweisen ist, daß die Begründungen teilweise überholt sind, da sie sich auf die Rechtslage vor Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung [4] stützen.

Der Rechtsmittelzug gegen Entscheidungen von Verwaltungsbehörden ist nach der VwGO zweigeteilt, und zwar in die Behördenstation (Widerspruchsverfahren) und in die Gerichtsstation (Klage). Heute, unter der Geltung der VwGO, lautet also die Frage: Wie verschiebt sich das Widerspruchsverfahren bzw. wie kann es manipuliert werden [5], und wie ändert sich das gerichtliche Verfahren, wenn der Verwaltungsakt, der angegriffen wird, durch Selbsteintritt zustande gekommen ist? Zur Beantwortung dieser Frage sollen einige Beispielsfälle [6] an Hand der VwGO durchgespielt werden.

---

1) Urteil vom 2.4.1962, DÖV 1962, 615 f. (616).

2) Nicht zu verwechseln mit dem Argument, der Bürger habe ein Recht auf Einhaltung des Instanzenzuges, d.i. ein Recht auf Einhaltung der funktionellen Zuständigkeitsordnung, vgl. hierzu anschließend B).

3) Allein bzw. ganz überwiegend stützen sich hierauf: VGHE 9, I,11 ff. (15); Forsthoff S. 225/226; Goes BaWüVBl. 1962, 129 ff. (131); Koehler § 113 Anm. B VII1) = S. 841; Pietzonka NJW 1954, 102; Rasch DÖV 1957, 337 ff. (338); OVG Münster OVGE 12, 241 ff.
Neben anderen Argumenten bringen auch dasjenige des Instanzverlustes: PrOVG 24, 344 ff. (347/348); Hess VGH NJW 1947, 76 mit zust. Anm. von Freytag; HessVGH VerwRspr 1, 90 ff. (91) = DV 1948, 125; OVG Saarland DÖV 1961, 795 f. (795); v. Brauchitsch, 7. Band, S. 58; Drews-Wacke S. 531; Forsthoff, Verwaltungsorganisation, S. 15; Gerland, AöR Band 17, 230 ff. (266); Herzog-Schick, S. 257; Menger VerwArch Band 53 (1962), 397; Schneider DVBl. 1950, 702 ff. (704).

4) Vom 21.1.1960 (BGBl. I, S. 17), in Kraft getreten gem. § 195 VwGO am 1.4.1960.

5) So formuliert von Herzog-Schick, S. 257.

6) In Anlehnung an die Ausgangsbeispiele S. 8 und 9.

1) Im Widerspruchsverfahren

1) a) Statt der unteren allgemeinen Verwaltungsbehörde, i. d. R. "das Landratsamt", entscheidet die direkt übergeordnete Behörde, also das Regierungspräsidium [1]. Die Zuständigkeit für den Erlaß des Widerspruchsbescheides richtet sich nach § 73 Abs. 1 Ziff 2 VwGO. Da die nächsthöhere Behörde ein Ministerium ist, entscheidet die selbst eingetretene Behörde, also das Regierungspräsidium, auch über den Widerspruch.

b) Tritt ein Ministerium statt der unteren oder mittleren allgemeinen Verwaltungsbehörde selbst ein, so kommt § 68 Abs. 1 Ziff. 1 VwGO zum Zuge. Es wird überhaupt kein Widerspruchsverfahren durchgeführt. Der Bürger muß sofort klagen.

2 a) Für den Bereich der unmittelbaren Bundesverwaltung und der Landessonderbehörden [2] gilt mutatis mutandis das gleiche. Erläßt beispielsweise statt des an sich zuständigen Kreisschulamtes das Oberschulamt einen Verwaltungsakt, so erteilt diese Behörde ebenfalls selbst den Widerspruchsbescheid nach § 73 Abs. 1 Ziff. 2 VwGO, da nächsthöhere Behörde das Kultusministerium ist.

b) Auf eine Besonderheit ist hier noch hinzuweisen. In manchen Verwaltungszweigen ist nämlich ein vierstufiger Instanzenzug vorhanden, etwa bei der Bundeswehrverwaltung [3] (Kreiswehrersatzamt-Wehrbereichsverwaltung-Bundeswehrverwaltungsamt-Bundesverteidigungsministerium) oder auf Landesebene im Bereich der Schulverwaltung, wenn die Schule als Behörde zum Erlaß einer Verfügung zuständig ist [4] (Schule-Kreisschulamt-Oberschulamt-Kultusministerium). Tritt in einem solchen Instanzenzug die zweitunterste an Stelle der untersten Behörde ein, so kommt es weder zu einer Bescheidung des Widerspruchs durch die erlassende Behörde, noch fällt das Widerspruchsverfahren ganz weg. Vielmehr entscheidet jetzt gem. § 73 Abs. 1 Ziff. 1 Vw 60 eine bislang noch nicht mit der Sache befaßte Behörde, nämlich die zweitoberste, hier also das Bundeswehrverwaltungsamt bzw. das Oberschulamt. Dabei ist für die Entscheidungsbefugnis des Bundeswehrverwaltungsamtes, einer Bundesoberbehörde, der Wortlaut von

---

1) Soweit ein solches überhaupt vorhanden ist, vgl. § 185 Abs. 2 VwGO.

2) Vgl. zum Aufbau der Sonderbehörden in Baden-Württemberg die instruktiven Schaubilder bei Goes BaWüVBl 1962, 129 ff. (134 ff.).

3) Früher, vor Änderung des Wehrpflichtgesetzes durch das Finanzänderungsgesetz 1967 (BGBl I, S. 1259) existierte sogar noch eine fünfte Behörde, nämlich die Wehrbezirksverwaltung.

4) Vgl. oben S. 7.

§ 73 Abs. 1 Ziff. 2 VwGO genau zu beachten, der von obersten Bundes- oder Landesbehörden spricht, was nicht gleichzusetzen ist mit oberen Bundes- oder Landesbehörden [1]. Oberste Behörden sind, soweit ein Selbsteintritt in Betracht kommt, hauptsächlich die Ministerien [2].

3) Auch im Bereich der Auftragsverwaltung durch nichtstaatliche Behörden treten vierstufige Instanzenzüge auf, z.B. im Polizeirecht. Entscheidet statt der Ortspolizeibehörde (Gemeinde) die Kreispolizeibehörde (Landratsamt), so richtet sich das Widerspruchsverfahren wieder nach § 73 Abs. 1 Ziff. 1 VwGO [3]. Den Widerspruchsbescheid erläßt die Landespolizeibehörde als nächsthöhere Behörde, d. i. das Regierungspräsidium. In den anderen Fällen kommt entsprechend dem oben Gesagten entweder § 68 Abs. 1 Ziff. 1 VwGO oder § 73 Abs. 1 Ziff. 2 VwGO zur Anwendung.

4) Fazit

a) Es findet kein Widerspruchsverfahren statt, wenn ein Ministerium selbst eingetreten ist. In diesem Fall verliert der widersprechende Bürger eine Instanz im Vorverfahren total.

b) In den meisten anderen Fällen findet zwar ein Widerspruchsverfahren statt, jedoch wird der angegriffene Verwaltungsakt statt von einer anderen, nämlich der übergeordneten Behörde, wie dies der Regelfall [4] gem. § 73 Abs. 1 Ziff. 1 VwGO ist, von der erlassenden Behörde überprüft.

c) Beim vierstufigen Instanzenzug innerhalb eines Verwaltungszweiges kommt es bei einer Konstellation, nämlich dem Selbsteintritt der zweituntersten gegenüber der untersten Stufe, nur zu einer Verschiebung des Widerspruchsverfahrens, da dann zwar die um eine Stufe zu hohe Behörde entscheidet, aber jedenfalls nicht die Ausgangsbehörde. Hier kann vom Verlust einer Instanz wohl nicht mehr die Rede sein.

5) Interessenabwägung

Das Widerspruchsverfahren dient in erster Linie der Selbstkontrolle der Verwaltung und dem Schutz des Bürgers. Außerdem soll eine gewisse Filterwirkung zu-

---

1) Vgl. Redeker-von Oertzen, § 68, Anm. 11.

2) Z.B. nach § 3 Landesverwaltungsgesetz Bad.-Württ. sind weitere oberste Landesbehörden die Landesregierung, der Ministerpräsident und der Rechnungshof.

3) Für Baden-Württemberg i.V.m. § 6 AGVwGO.

4) Vgl. Redeker-von Oertzen, § 73, Anm. 1.

gunsten der Verwaltungsgerichte erzielt werden [1]. Die Erreichung dieser Zwecke wird nur im Fall des Ministereintritts vollkommen zunichte gemacht. Die Fälle hingegen, in denen es zum Widerspruchsbescheid durch die erlassende Behörde kommt wegen des Selbsteintritts statt durch eine andere, nämlich die nächsthöhere, entsprechen noch den Funktionen des Widerspruchsverfahrens. Zwar ist zuzugeben, daß eine solche Selbstüberprüfung problematisch ist, da naturgemäß eine Behörde an einem eigenen Verwaltungsakt mehr "hängt" als an einem nicht von ihr stammenden. Andererseits ist zu bedenken, daß jeder Widerspruchsbescheid, auch wenn er entsprechend der grundsätzlichen Regelung des § 73 Abs. 1 Ziff. 1 von der übergeordneten Behörde erlassen wird, eine Entscheidung in eigener Sache ist, da die untergeordnete Behörde zum gleichen Ressort gehört [2]. Daher sind die höheren Behörden, wenn sie als Widerspruchsbehörden angerufen werden, manchmal eher geneigt, einen Verwaltungsakt ihrer untergebenen Behörde zu halten als ihn zu kassieren. Umgekehrt erscheint es durchaus denkbar, daß die selbst eingetretene Behörde bei einer zweiten Prüfung ihres Verwaltungsaktes an Hand der vom Widerspruchsführer vorgebrachten Gegenargumente ihre ursprünglich vertretene Meinung ändert. Ganz entscheidend spricht letztlich für eine einigermaßen funktionsgerechte Durchführung des Vorverfahrens auch im Falle der Identität von Ausgangsbehörde und Widerspruchsbehörde wegen des vorangegangenen Selbsteintritts, daß der Gesetzgeber in § 73 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 VwGO für bestimmte Fälle diese Konstellation selbst vorgeschrieben hat.

II) In der Gerichtsstation

1) Vor Erlaß der VwGO ergab sich aus den Auswirkungen eines speziellen Selbsteintrittsfalles auf den gerichtlichen Instanzenzug ein gewichtiges Argument gegen das Selbsteintrittsrecht. Die Vorläufer der VwGO, die süddeutschen Verwaltungsgerichtsgesetze, enthielten nämlich die Bestimmung, daß bei Verwaltungsakten von Ministern sofort Klage zu erheben ist, über die im ersten und letzten Rechtszug der jeweilige Verwaltungsgerichtshof zu entscheiden hatte [3].

---

1) Vgl. statt vieler BVerwGE 26, 161 ff. und Redeker-von Oertzen, § 68, Anm. 1 mit weiteren Nachweisen.

2) Vgl. BVerfGE 3, 377 ff. (381/382).

3) So § 50 des Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Württemberg-Baden (erlassen von der amerik. Militärregierung am 16.10.1946, Reg.Bl. S. 221), und in Bayern (erlassen am 25.9.1946, GVBl. S. 281), sowie § 26 des Landesgesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz vom 14.4.1950 (GVBl. I, S. 103). Die in Hessen ursprünglich ebenfalls vorhandene Bestimmung wurde im November 1949 gestrichen. Die sonst fast gleichlautende Verordnung Nr. 165 der brit. Militärregierung (in Kraft getreten am 15.9.1948) enthielt von vornherein keine diesbezügliche Vorschrift.

Unter der Geltung dieser Bestimmungen [1] führte der Ministereintritt also zu einem groben Rechtsverlust des Bürgers, da er sowohl eine Behördeninstanz als auch vor allem eine, möglicherweise sogar zwei Gerichtsinstanzen verlor.

Die VwGO kennt keine solche Regelung mehr. Außer den hier nicht interessierenden §§ 46 und 50 VwGO gibt es keine erstinstanzliche Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtshöfe bzw. Oberverwaltungsgerichte und des Bundesverwaltungsgerichtes. Unabhängig davon, wer den angegriffenen Verwaltungsakt erlassen hat, gemäß § 45 VwGO entscheidet immer das Verwaltungsgericht in erster Instanz, woran sich dann der weitere Rechtsmittelzug anschließt. Ein Instanzverlust durch den Selbsteintritt ist in der gerichtlichen Station also ausgeschlossen.

2) Hinzuweisen ist noch auf § 78 Abs. 1 Ziff. 1 VwGO für den Fall, daß in einer Auftragsangelegenheit (z.B. Polizeirecht) an Stelle der zuständigen Selbstverwaltungskörperschaft eine übergeordnete staatliche Behörde selbst eingetreten ist. Hier ändert sich durch den Selbsteintritt der Klagegegner. Ohne Selbsteintritt wäre die Klage nämlich gegen die Selbstverwaltungskörperschaft, z.B. die Gemeinde, zu richten, da § 78 Abs. 1 Ziff. 1 VwGO auch für die Auftragsverwaltung gilt [2]; so aber ist sie gegen den Rechtsträger der staatlichen Behörde, also gegen Bund oder Land, zu erheben. Dieser Wechsel des Beklagten vermag allerdings nicht viel herzugeben für die grundsätzliche Abwägung des Pro und Contra eines Selbsteintrittsrechts.

III) Zusammenfassung

Das verschiedentlich für besonders gewichtig angesehene Argument des Instanzverlustes erweist sich unter der Geltung der VwGO nicht als so gravierend, daß allein deswegen und grundsätzlich ein Selbsteintrittsrecht verneint werden könnte. Nur eine einzige Konstellation, der Selbsteintritt eines Ministers, führt zu einem echten Instanzverlust des Bürgers. Andererseits sind Selbsteintrittsfälle denkbar, die nicht einmal das Vorverfahren entscheidend beeinflussen. In den meisten Fällen kann die an sich schon konfliktbeladene Selbstkontrolle der Verwaltung im Widerspruchsverfahren durchgeführt werden. Für den Bürger, dessen Schutz das Vorverfahren auch dient, dürfte der Rechtsverlust gering sein. Schließlich ist das Widerspruchsverfahren nur ein Vorverfahren. Am Verwaltungs-

---

1) Die übrigens schon damals heftig attackiert wurden, vgl. van Husen, Anm. zu § 50; Schunck-De Clerck, VGG Rheinland-Pfalz, Anm. 3) a) zu § 26; Eyermann-Fröhler, VGG, Anm. 1) zu § 50.

2) Vgl. z.B. Goes, BaWüVbl 1962, 129 ff. (131, li. Sp. und Fußnote 21).

streitverfahren vor den Gerichten, das die entscheidende Rechtsschutzgarantie für den Bürger darstellt, ändert sich durch einen vorangegangenen Selbsteintritt in keinem Fall etwas.

Gleichwohl wäre es falsch, das Argument des Instanzverlustes bei der Abwägung des Für und Wider des Selbsteintrittsrechts ganz außer acht zu lassen. In erster Linie wird es auf die Prüfung des konkreten Falles ankommen (Ministereintritt!) [1]. Allgemein läßt sich mindestens sagen, daß durch den Selbsteintritt das Widerspruchsverfahren manipuliert werden kann, etwa indem sich eine Behörde mittels Selbsteintritt auch gleich zur Widerspruchsbehörde machen kann. Allein diese Möglichkeit einer Willkür spricht aber grundsätzlich gegen ein Selbsteintrittsrecht.

Völlig abzulehnen ist auf jeden Fall die Ansicht von Ringe [2] und Wilhelm [3], das Argument des Instanzverlustes sei deswegen unangebracht, weil bei Bejahung des Selbsteintrittsrechts gar kein Instanzverlust vorliege. Der Instanzenzug sei dann zwar verkürzt, aber nicht verloren, und Art. 19 Abs. 4 GG verlange keinen mehrstufigen Instanzenzug, was sich auch aus § 68 Abs. 1 Ziff. 1 VwGO ergebe. Diese Ansicht ist schlicht eine petitio principii. Die VwGO hat einen bestimmten Instanzenzug im Widerspruchsverfahren vorgesehen, der nicht willkürlich verändert werden kann und dessen Ausgangspunkt eben der Verwaltungsakt der zuständigen Behörde ist. Genauso gut und genauso falsch könnte man Wilhelm, der das Selbsteintrittsrecht mit der Begründung ablehnt, der übergeordneten Behörde mangle es an der - funktionellen - Zuständigkeit [4], entgegenhalten, bei Bejahung des Selbsteintrittsrechts sei eben auch die übergeordnete Behörde zuständig, etwa im Sinne einer Doppelzuständigkeit zwischen ihr und der untergeordneten Behörde.

---

1) Interessant ist in diesem Zusammenhang § 117 der "Ersten Verordnung über Wasser- und Bodenverbände" vom 3. 9. 1937 (RGBl. I, S. 933, abgedruckt bei Sartorius unter Nr. 851), der lautet: "Die obere und oberste Aufsichtsbehörde können an Stelle der Aufsichtsbehörde handeln, wenn damit nicht ein Rechtsmittel wegfällt".

2) DVBl 1957, 676 f. (676).

3) BayVBl 1964, 277 ff. (279), unter Bezug auf Ringe a. a. O.

4) a. a. O. S. 279.

B) FEHLENDE ZUSTÄNDIGKEIT

Ein Großteil der Gegner eines unbeschränkten Selbsteintrittsrechts [1] motiviert seine Ansicht in irgendeiner Weise mit der fehlenden Zuständigkeit der eintretenden Behörde und den sich daraus ergebenden Folgen für den Staat bzw. die Allgemeinheit einerseits und für die einzelnen Bürger andererseits. Soweit auf letztere abgestellt wird, geschieht dies unabhängig davon und in einem größeren, allgemeineren Rahmen als beim Argument des Instanzverlustes im Rechtsmittelzug, wo die Frage nur lautete, wie sich der Selbsteintritt ganz konkret dann auswirkt, wenn der betr. Rechtsgenosse den Akt der übergeordneten Behörde mit Rechtsmitteln angreift.

I) Zweck und Methode der Aufstellung von Zuständigkeitsnormen

1) Die großen Gemeinwesen wie Bund und Länder können ihre vielfältigen Aufgaben nicht mehr durch eine oder einige zentrale und allumfassende Stellen wahrnehmen. Vielmehr bedarf es dazu einer Organisation von vielen verschiedenartigen Behörden. "Am Beginn jeder Organisation", so sagt Wolff [2], "steht die Gliederung der Aufgaben". Der Plan, nach dem die Aufgaben gegliedert und verteilt werden, ist die Zuständigkeitsordnung. Der Zweck ihrer Aufstellung ist also in erster Linie Arbeitsteilung [3], ohne die der Staat seinen mannigfaltigen Aufgaben und Verpflichtungen nicht nachkommen kann, deren ordnungsmäßige und saubere Erfüllung ihm wiederum im Interesse seiner einzelnen Bürger obliegt.

---

1) PrOVG in ständiger Rechtsprechung: Vgl. PrOVG 2, 415 ff. (424); 3, 345 ff.; 5, 68 ff.; 5, 324 ff.; 10, 357 ff.; 11, 393 ff.; 20, 297 ff.; 24, 344 ff.; 49, 397 ff.; 53, 321 ff.; 59, 301 ff.; 74, 341 ff.; PrOVG JW 1921, 1637 ff.; PrOVG RVBl 1929, 270 (meist unter Bezug auf E2, 415 ff. und daher oft ohne nähere eigene Ausführungen); HessVGH VerwRspr 1, S. 90 f. (91); OVG Lüneburg OVGE 3, 176 ff. (179); BayVGH BayBM 1953, 283; VGH Bebenhausen VerwRspr 9, 663 ff. (666); OVG Saarland DÖV 1961, 795 f.; Bachof, Band I, Teil 1, C14); von Brauchitsch, 1. Band, S. 217; von Brauchitsch, 7. Band, S. 58; Herzog-Schick, S. 257; Huber, Band II, S. 720; Landmann-Giers-Proksch, S. 164; Ringe, DVBl 1957, 676 f. (676). Weitere Nachweise im folgenden bei Behandlung der Einzelheiten.

2) Band II, S. 12.

3) Vgl. statt vieler Wilhelm BayVBl 1964, 277 ff. (278); Huber, Band II, S. 719; Hofmann, VerwArch Band 58 (1967), 135 ff. (140, Fußnote 55 a.E.).

2) Die Arbeitsteilung mittels der Zuständigkeitsnormen muß nach einem zweckmäßigen und wirtschaftlichen System erfolgen [1], das einheitlich und leicht durchschaubar sein sollte.

Als erstes Kriterium ergibt sich zwangsläufig die Verteilung nach Sachgebieten. Dadurch wird sichergestellt, daß verschiedenartige Verwaltungsaufgaben von jeweils fachkundigen, mit Spezialwissen ausgestatteten Behörden bearbeitet werden, was ganz entscheidend zur Rationalisierung der Verwaltung beiträgt. Genauso selbstverständlich ist eigentlich die Aufgabengliederung nach räumlichen Gesichtspunkten, also die örtliche Zuständigkeit. Aus der Nähe zwischen Behörde und Verwaltungsaufgabe ergibt sich in der Regel eine fruchtbare [2] Vertrautheit mit den speziellen Problemen des jeweiligen Landstrichs. Schließlich hat sich eine Arbeitsteilung nach den speziellen Funktionen der einzelnen Organe als sinnvoll erwiesen, also nach der Art der Tätigkeit. Diese funktionelle Zuständigkeit ist im Bereich der Verwaltungsorganisation gleichzusetzen mit der instanziellen Zuständigkeit der einzelnen Behörden, da andere Funktionsunterscheidungen, wie etwa in der Zivilgerichtsbarkeit zwischen Prozeßgericht und Vollstreckungsgericht, der Verwaltung fremd sind.

Die Funktion der übergeordneten Behörden eines Instanzenzuges ist es, die ihnen nachgeordneten Behörden zu beaufsichtigen [3]. Einerseits muß nämlich eine nach räumlichen und sachlichen Gesichtspunkten dezentralisierte und dekonzentrierte Organisation auch wieder zusammengehalten werden, da sie ja trotz der Aufgabenverteilung eine Einheit bilden soll, die keine dem Wohl der Allgemeinheit zuwiderlaufenden Partikularinteressen dulden kann. Außerdem hat es sich als zweckmäßig und sinnvoll erwiesen, die unteren und mittleren Behörden speziell auf die Rechtmäßigkeit ihrer Amtshandlungen hin kontrollieren zu lassen durch die hohen und höchsten Behörden, die ihrerseits von den Gesetzgebungsorganen überwacht werden. Das herkömmliche Mittel, das den übergeordneten Behörden zur Erfüllung ihrer Aufsichtsfunktion - Koordinierung und Kontrolle - in die Hand gegeben wird, ist das Weisungsrecht gegenüber den untergebenen Behörden.

---

1) Vgl. die Richtlinie für die Aufgabenverteilung in § 22 Abs. 1 LandesVerwG Schleswig-Holstein.

2) Wobei allerdings nicht übersehen werden kann, daß ab und zu auch sachfremde Einflüsse möglich sind; vgl. hierzu oben S. 12.

3) Die weitere Funktion als Widerspruchsbehörde kann hier außer Betracht bleiben, da das förmliche, in der VwGO abschließend geregelte Rechtsmittelverfahren und damit die Tätigkeit der Behörde nur vom betr. Bürger in Gang gebracht werden kann, nicht aber von ihr selbst; vgl. hierzu auch Ringe DVBl 1957, 676 f.

Teilweise wird vertreten, die funktionelle Zuständigkeit sei ein Unterfall der sachlichen [1]. Eine solche Eingliederung entgegen der traditionellen Unterscheidung erscheint nicht notwendig, da sie nichts zur Transparenz der Zuständigkeitsordnung beiträgt. Sie führt im Gegenteil sogar zur Verwirrung in den nicht seltenen Fällen, in denen sich sachliche und funktionelle Zuständigkeit einer Behörde berühren. Solche Situationen treten da auf, wo zwei innnerhalb eines Instanzenzuges verschieden hohe Behörden für eine gleichartige Spezies von Verwaltungsaufgaben erstinstanzlich zuständig sind, und ihr sachlicher Zuständigkeitsbereich nur nach der besonderen Eigenart des Einzelfalles abgegrenzt ist [2]. In diesen Fällen hat die übergeordnete Behörde neben ihrer eigenen erstinstanzlichen sachlichen Zuständigkeit auch die funktionelle Zuständigkeit zur Aufsicht, soweit die untergeordnete Behörde sachlich zuständig ist. Um hier Unklarheiten zu vermeiden, sollte die traditionelle Trennung [3] in die verschiedenen Zuständigkeitsarten beibehalten werden, nicht zuletzt auch im Hinblick auf mögliche Selbsteintritte.

II) Folgen des Selbsteintritts für die Wirtschaftlichkeit und Klarheit der Verwaltung:

1 a) Arbeitsteilung ist der Ausgangspunkt der Zuständigkeitsverteilung. Jeder Behörde wird ein bestimmtes Aufgabengebiet zugewiesen, innerhalb dessen sie die anfallenden Arbeiten zu erledigen hat. Die zuständige Behörde hat also die Pflichten und die Verantwortung innerhalb ihres Kompetenzbereiches zu tragen. Diese arbeitsteilige Organisation ist aber nur dann effektvoll und rationell, wenn zugleich mit der Zuweisung einer Aufgabe bestimmt wird, daß die Behörde auch hierauf beschränkt ist bzw. daß andere Behörden ausgeschlossen sind. Arbeitserleichterung durch Arbeitsteilung ist nicht möglich, wenn für eine Verwaltungsaufgabe mehrere Behörden zuständig sind. Deshalb ist die Zuständigkeitsverteilung in aller Regel ausschließlich, da nur so eindeutige Verantwortlich-

---

1) Vgl. z.B. Wolff, Band II, S. 18.

2) Z.B.: Nach § 96 WasserG ist für Entscheidungen ab gewissen Kubikmetermengen die höhere Wasserbehörde erstinstanzlich zuständig, darunter die untere Wasserbehörde. Vgl. auch Rasch, DVBl 1968, 832 ff., der am Beispiel der GewO die Überlegungen für die Zuständigkeitsverteilung auf verschiedene Instanzstufen aufzeigt.

3) Völlig ungewöhnlich und wohl auch unrichtig ist die Definition der funktionellen Zuständigkeit als Verteilung auf innerbehördliche Organe, so Brunner DÖV 1969, 773 ff. (778), neben der es dann gesondert noch die instanzielle Zuständigkeit geben soll.

keiten und damit die Wirtschaftlichkeit der Verwaltung garantiert sind [1]. Zuständigkeitsüberschreitungen führen zu Doppelarbeit und schaden somit der Wirksamkeit der Verwaltung. Dies ist ohne weiteres einleuchtend für Übergriffe in den örtlichen und sachlichen Zuständigkeitsbereich einer Behörde.

b) Es fragt sich jedoch, ob dasselbe auch vom Selbsteintritt, also von der Verletzung der funktionellen Zuständigkeit gilt [2]. Diese ist, wie oben bereits dargelegt [3], in der Verwaltung gleichzusetzen mit der instanziellen Zuständigkeit. Die zweitinstanzlichen Behörden haben den Auftrag, die erstinstanzlich sachlich oder örtlich zuständigen Behörden zu beaufsichtigen. Richtig und sinnvoll Aufsicht ausüben kann nur derjenige, der sich mit den Problemen und Aufgaben des zu Beaufsichtigenden laufend beschäftigt. Daher, so könnte man auf den ersten Blick meinen, verlangt die Aufsichtsfunktion der übergeordneten Behörden gerade und sowieso Doppelarbeit, und es spielt somit für die Arbeitsteilung in der Verwaltung auch keine Rolle, ob die Aufsichtsbehörde etwa nur intern von ihrer Funktion Gebrauch macht, oder ob sie selbst eintritt. Diese Schlußfolgerung wäre richtig, wenn die von den verschiedenen Instanzen zu leistende Arbeit tatsächlich identisch wäre [4].

Für den Bereich der leitenden Aufsicht erweist sich diese Annahme schnell als falsch. Soweit die übergeordneten Behörden koordinierend im Interesse der Einheitlichkeit der Verwaltung und der Durchsetzung überregionaler Aspekte tätig werden, gehen sie von völlig anderen Gesichtspunkten an die Lösung einer Verwaltungsaufgabe heran als die untergeordneten Behörden, die einzig und allein den konkreten "Fall" von ihrer Warte aus zu bearbeiten haben.

Ähnliches gilt für den Bereich der kontrollierenden Aufsicht [5], wo eine spezielle Entscheidung auf ihre Zweck- und Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen ist. Kontrollen finden ihren Sinn darin, daß der Kontrolleur mehr sieht als der Kon-

---

1) Vgl. statt vieler Rasch VerwArch Band 50 (1959), 1 ff. (5 f.) und Wolff, Band II, S. 22.

2) In anderen Rechtsgebieten stellt sich die Frage umgekehrt. Im Zivilprozeß beispielsweise ist die funktionelle Zuständigkeit im Gegensatz zur sachlichen und örtlichen stets ausschließlich; allerdings handelt es sich dann um andere Funktionen als um die des Instanzenzuges, vgl. Rosenberg, S. 126.

3) S. 44.

4) Vgl. hierzu auch oben S. 11 ff. unter dem Gesichtspunkt des Weisungsrechts.

5) Insbesondere diesen Gesichtspunkt läßt Brunner DÖV 1969 773 ff. (778) völlig außer Betracht.

trollierte. Dies hängt nicht nur von der Binsenwahrheit ab, daß vier Augen mehr sehen als zwei. Entscheidend kommt nämlich hinzu, daß auch hier nach zwei verschiedenen Methoden und unter zwei verschiedenen Blickwinkeln ein und dieselbe Aufgabe bearbeitet wird. Die erstinstanzliche Behörde hat zunächst einmal alle irgendwie in Betracht kommenden äußeren Umstände zu ermitteln und festzustellen. Dann muß sie ihrer Meinung nach Wesentliches von Unwesentlichem trennen und abwägen, welche Gesichtspunkte ihre Entscheidung tragen sollen. Erst jetzt kann sie die erheblichen Tatsachen und rechtlichen Überlegungen zu ihrer Entscheidung zusammenstellen. Demgegenüber erhält die Aufsichtsbehörde i. d. R. einen bereits bereinigten Sachverhalt und eine von möglicherweise mehreren vertretbaren Stellungnahmen zur Überprüfung vorgetragen. Ihre Arbeit besteht dann darin, nach kritischen Punkten zu suchen und Fehler aufzudecken, während die erstentscheidende Behörde oft ins Unbekannte vorstoßen muß. Jenes ist nicht unbedingt eine schwerere Aufgabe als dieses. Oftmals wird es sogar leichter sein, eine Verwaltungsentscheidung zu zerpflücken als sie überhaupt erst zu erlassen [1]. Für die Richtigkeit dieser Annahme ließen sich genügend Beispiele aus dem Alltag der Verwaltungsbehörden wie auch aus vielen anderen Lebensbereichen finden, wo es Kontrollsysteme gibt [2].

Wenn aber die Art der Arbeit und dementsprechend die Arbeitsmethoden von erstentscheidender und aufsichtführender Behörde verschieden sind, dann gilt das Verbot, fremde Zuständigkeiten zu usurpieren, auch für den Selbsteintritt [3]. Er stellt wie jede andere - örtliche oder sachliche - Zuständigkeitsüberschreitung die Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Verwaltung in Frage, da er Doppelarbeit nicht vermeiden hilft, sondern sie im Gegenteil zumindest wahrscheinlich macht. Die Kompetenz der untergeordneten Behörde, also die Pflicht zur

---

1) Die immer wieder auftauchende Formulierung, die Übertragung von Zuständigkeiten an höhere Behörden biete eine größere Gewähr für sachliche und rechtliche Richtigkeit - so z. B. OVG Münster OVGE 9, 191 ff. (197) - begegnet daher erheblichen Zweifeln. Ähnliches gilt auch für die von Fleiner, S. 96 und O. Mayer, II. Band, S. 190, Anm. 21 für die Behördenhierarchie gegebene Begründung, der Staatswille sei desto reiner und kräftiger, je höher die Behörde sei.

2) Etwa in der Industrie, wo oftmals Hilfskräfte die Arbeiten von gelernten Handwerkern kontrollieren. Der Vergleich hinkt natürlich. Die Tatsache bleibt aber bestehen, daß ein unterer Beamter nicht unbedingt und grundsätzlich ein "schlechterer" Verwaltungsmann zu sein braucht als ein Ministerialbeamter.

3) Vgl. Schneider DVBl 1950, 702 ff. (704); LVG Lüneburg DVBl 1949, 163 f. (163); Wilhelm BayVBl 1964, 277 ff. (278 u. 279).

Erfüllung der an sie herangetragenen Aufgaben, wird durch den Selbsteintritt nicht berührt. Die unerwünschten Folgen können selbstverständlich auch nicht durch einen Befehl der eingetretenen an die untergebene Behörde umgangen werden, sich weiterer Tätigkeit zu enthalten, da die Zuständigkeitsregelungen generell gelten und nicht zur Disposition einer Behörde, also auch nicht der übergeordneten, in einem Einzelfall stehen.

c) Solange die übergangene Behörde nach dem Selbsteintritt von sich aus keine Tätigkeit mehr nach außen entfaltet, schadet der Übergriff der übergeordneten Behörde "nur" der Wirtschaftlichkeit der Verwaltung, da dann eben die frühere Arbeit der zuständigen Behörde umsonst geleistet war. Wesentlich verschlimmert wird die Lage, wenn die untergeordnete Behörde trotz des Selbsteintritts weiter von ihrer Kompetenz Gebrauch macht und eine Entscheidung mit anderem, womöglich entgegengesetztem Inhalt erläßt. Dann ist nicht mehr nur die interne Organisation der Verwaltung in Mitleidenschaft gezogen durch die Zuständigkeitsüberschreitung, sondern der gesamte, nach außen in Erscheinung tretende, Verwaltungsvollzug gerät durcheinander. Käme dies häufig vor, würde es letztlich zum Verwaltungschaos führen [1]. Allein schon die Möglichkeit sich widersprechender Entscheidungen in ein und derselben Sache spricht aber ganz entschieden für die Einhaltung der Zuständigkeitsordnung und damit gegen das Selbsteintrittsrecht.

Interessant ist, wie der Gesetzgeber dieses Problem zu lösen versucht in den Fällen, wo übergeordneten Behörden ausnahmsweise ein Selbsteintrittsrecht zugestanden wird. § 12 Abs. 3 des Preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes, der auch insoweit beispielhaft ist, lautet: "In den Fällen des Abs. 1 und 2 ist die an sich zuständige Polizeibehörde unverzüglich über die getroffene Maßnahme zu unterrichten" [2].

2) Unabhängig von den Zwecken und Auswirkungen der Ausschließlichkeit der Zuständigkeitsordnung vermag das gleiche Ergebnis auch auf einem abstrakteren, theoretischen Weg gewonnen zu werden. Wenn jeder Behörde ein ausschließlicher Zuständigkeitsbereich zugewiesen ist, in dem sie die alleinige Verantwortung trägt, und in den keine andere Behörde eingreifen darf, so bedeutet dies, daß alle Behörden grundsätzlich gleichberechtigt sein müssen, unabhängig davon, mit welchen Aufgaben sie betraut und auch an welcher Stelle im Instanzenzug sie eingesetzt sind. M. a. W.: Alle Behörden haben formell den

---

1) Vgl. Lubbe, ZBR 1956, 273 f. (274), der von "Verwaltungsanarchie" spricht.

2) Vgl. oben S. 24; § 12 Abs. 1 PrPolVerwG enthält das Selbsteintrittsrecht bei Gefahr im Verzug.

gleichen Rang. Der Schlüssel zur Verteilung der Verwaltungsaufgaben ist nicht die Frage, welches die beste Behörde ist, sondern welche Behörde eine bestimmte Aufgabe am besten wahrzunehmen vermag. Es gibt in diesem Sinne keine "besseren" oder "schlechteren" Behörden. Die Zuständigkeitsverteilung wird ohne derartige Wertungen vorgenommen, sondern allein nach - im weitesten Sinne - sachlichen Erwägungen, d.h. nach Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung [1]. Wenn aber alle Behörden formell gleichrangig sind, so kann die übergeordnete Behörde auch nicht das Recht für sich beanspruchen, eine Angelegenheit der untergeordneten an sich zu ziehen, um selbst darüber zu entscheiden [2].

III) Auswirkungen auf den einzelnen Bürger

Die Aufstellung der Zuständigkeitsordnung sowie die aus ihrer strikten Einhaltung sich ergebenden Folgen dienen in erster Linie dem staatlichen Interesse [3] bzw. dem der Verwaltung selbst. Davon ist der Bürger nur mittelbar betroffen, und zwar in seiner Eigenschaft als Steuerzahler, in der er ein, allerdings erhebliches, Interesse an der Wirtschaftlichkeit der von ihm finanzierten Verwaltung hat. Daneben ergeben sich aber auch unmittelbare und recht gravierende Wirkungen aus der Ausschließlichkeit der Zuständigkeitsverteilung speziell für den einzelnen Bürger, der mit der Verwaltung zu tun hat.

1) Überschaubarkeit der Verwaltung

Der Bürger will wissen, welche Behörde für sein spezielles Anliegen zuständig ist [4]. Er muß seine Anträge und Eingaben, seine Rechtsmittel, wenn eine entsprechende Belehrung fehlt, und auch seine formlosen Rechtsbehelfe bei der richtigen Behörde vorbringen, wenn er sich Zeitverlust und andere Unannehmlichkeiten ersparen will [5]. Dafür ist einerseits eine genaue Kenntnis der Zu-

---

1) S. o. S. 38 und 39 mit den jeweiligen Anmerkungen.

2) Vgl. Forsthoff S. 420; Scholler DÖV 1966, 232 ff. (236). Wilhelm BayVBl 1964, 277 ff. (278) bezeichnet dies als "tieferen Grund" für die Ablehnung des Selbsteintrittsrechts, da durch die formelle Gleichrangigkeit klargestellt sei, daß Zuständigkeitsüberschreitungen nicht nur im "Koordinationsverhältnis" (Verhältnis der verschiedenen Zweige), sondern auch im "Subordinationsverhältnis" (Instanzenzug) abzulehnen seien.

3) Vgl. statt vieler BVerwGE 11, 195 ff. (202).

4) Vgl. HessVGH ESVGH 1, 139 ff. = DVBl 1953, 47 ff. (48); Rasch DÖV 1957, 337 ff. (338); ders. VerwArch Band 50 (1959), 1 ff. (6).

5) Vgl. Goes BaWüVBl 1962, 129 ff. (130/131).

ständigkeitsregelungen erforderlich, durch die der Bürger an bestimmte Behörden verwiesen wird, zum anderen, daß die vorgegebenen Zuständigkeitsregelungen eingehalten werden. Verschiebungen, um nicht zu sagen Manipulationen, der Zuständigkeitsordnung, und dazu gehört u. a. der Selbsteintritt, stiften Verwirrung auch für den Bürger. Nur durch die Ausschließlichkeit der Kompetenzen ist der geordnete und für den Einzelnen überschaubare Ablauf des staatlichen Lebens gewährleistet. Diese nur technische Auswirkung sollte keineswegs zu gering eingeschätzt werden, da sie für den Verkehr der Verwaltung mit dem Bürger und dessen Verhältnis zur Verwaltung erhebliche und handfeste Bedeutung hat [1].

2) Richtigkeit der Verwaltung

a) Die Verteilung der Verwaltungsaufgaben erfolgt nicht willkürlich und planlos, sondern in aller Regel mit guten Gründen [2]. Beauftragt der Gesetzgeber eine bestimmte Behörde mit der Wahrnehmung einer bestimmten Angelegenheit, so tut er dies in der Vorstellung, sie sei dafür sachlich und personell am geeignetesten und werde daher am besten, d. h. vor allem am sachgerechtesten entscheiden. Für die sachliche und örtliche Zuständigkeit ist dies ohne weiteres einleuchtend. Nichts anderes kann aber für die Zuständigkeitsverteilung nach verschiedenen Instanzstufen gelten. Wird eine unterste Behörde für zuständig erklärt, so ist zu vermuten, daß etwa gerade die lokalen Sonderinteressen in stärkerem Maße bei den Entscheidungen berücksichtigt werden sollen, als wenn eine höhere oder höchste Stelle zu entscheiden hat. Dort wird der Nachdruck mehr auf der Beachtung überregionaler Gesichtspunkte liegen. Außerdem wird manchmal eine Rolle spielen, ob für eine richtige Aufgabenerfüllung genaue Kenntnis der Örtlichkeiten nötig ist, oder ob die Angelegenheit genügend klar vom grünen Tisch aus beurteilt werden kann [3].

Die Einhaltung der Zuständigkeitsordnung, auch der instanziellen, bietet also eine gewisse Gewähr für die inhaltliche Richtigkeit der Verwaltungsentscheidungen [4]. Zu Recht weist Huber [5] daraufhin, daß an einer möglichst richtigen

---

1) Man denke nur an den Bürger, der umsonst bei einer Behörde vorstellig geworden ist.

2) Vgl. z. B. Triepel S. 111; Baur DRZ 1949, 395 ff. (397); Buri DÖV 1962, 483 ff. (485).

3) Vgl. für die verschiedenen Gesichtspunkte der Instanzverteilung vor allem Huber, Band II, 719 f., sowie Rasch DVBl 1968, 832 ff., der dies am Beispiel der GewO erläutert.

4) Vgl. Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 131, und BGH in BGHZ 1, 146 ff. (151), der sogar von "größtmöglicher Sicherheit" spricht.

5) Band II, S. 721.

Entscheidung durch Einhaltung der Zuständigkeitsverteilung auch ein allgemeines Interesse besteht; in erster Linie betrifft es natürlich die Belange des einzelnen Rechtsgenossen. Für die Frage nach der Berechtigung des Selbsteintritts folgt: Die bestehende Zuständigkeitsordnung ist ausschließlich, da davon auszugehen ist, daß sie die beste für eine sachgerechte und rechtmäßige Behandlung der öffentlichen Aufgaben ist; auf keinen Fall steht es einer einzelnen Behörde zu, auch nicht der Aufsichtsbehörde, sie im Einzelfall, z.B. durch einen Selbsteintritt, zu korrigieren [1]. Änderungen, und zwar nur generelle,kann allein derjenige vornehmen, der die Verteilung vorgenommen hat, i.d.R. also der Gesetzgeber.

b) Wenn es dem Bürger aus den dargelegten Gründen also nicht gleichgültig sein kann, welche Behörde in seinem besonderen Fall zuständig ist, so darf damit nicht das hin und wieder auftauchende Argument verwechselt werden, der Bürger müsse schon deshalb wissen, wer zuständig sei, da hiervon die Rechtsgültigkeit und Rechtsbeständigkeit des ihm gegenüber erlassenen Verwaltungsaktes abhänge [2]. Diese Argumentation erscheint nicht unbedenklich, weil dabei eine andere Problematik mit ins Spiel gebracht wird, nämlich die der Rechtsfolgen des Verwaltungsaktes einer unzuständigen Behörde. Hierfür sind jedoch andere Kriterien mitentscheidend, etwa ob der Verwaltungsakt begünstigender oder belastender Natur ist, ob er im Ermessen der Behörde liegt oder ob es sich um eine gebundene Entscheidung handelt, schließlich auch, ob der Fehlergrad Nichtigkeit oder nur Vernichtbarkeit ist, und wie der spezielle Zuständigkeitsübergriff gerichtlich geltend gemacht werden kann.

c) Ähnliche Bedenken gelten für das in diesem Zusammenhang immer wieder genannte Reichsleistungsgesetz [3]. Dieses Gesetz hatte einen bis in alle Einzelheiten gehenden Zuständigkeitskatalog. Es wird daher gern als Paradebeispiel für den in einer sauberen Zuständigkeitsabgrenzung liegenden ersten Rechtsschutz herangezogen [4]. Mit dieser Aussage sollte man aber vorsichtig sein, denn eine

---

1) Vgl. LVG Düsseldorf DVBl 1951, 480 ff. (481) und Fonk, S. 126.

2) So Wilhelm BayVBl 1964, 277 ff. (278). Ansatzpunkte wohl auch bei Obermayer JZ 1956, 625 ff. (626) und Spanner DÖV 1962, 342 f. (342) (Urteilsanmerkung).

3) Vom 1. September 1939 (RGBl I S. 1645); vgl. im Zusammenhang damit auch die "Bedarfsstellenbekanntmachung der Bedarfsstellen außerhalb der Wehrmacht, die zur Inanspruchnahme nach dem Reichsleistungsgesetz berechtigt sind" vom 11. Januar 1944 (RGBl I S. 13).

4) Vgl. Peters S. 191/192; Menger, System, S. 29; Reuß ZAkDR 1941, 76 ff. (77).

recht bedeutsame "Kleinigkeit" läßt sich nicht übersehen: Gegen Leistungsbescheide unzuständiger Bedarfsstellen aufgrund des RLG gab es kein förmliches Rechtsmittel [1]!

3) Gleichmäßigkeit der Verwaltung:

a) Da die zuständige Behörde laufend gleichartige Fälle zu entscheiden hat, wird sich bei ihr mit der Zeit eine gewisse Regelpraxis durchsetzen. Dies ist vor allem bedeutsam in den Geschäftsbereichen, wo die Maßnahme der Behörde gesetzlich nicht in allen Einzelheiten vorgeschrieben ist, hauptsächlich also im Bereich der Leistungsverwaltung, und dort, wo der Behörde ein Ermessensspielraum zugebilligt wird. Es ist zum einen das gute Recht des Bürgers, sich hier auf die seitherige Übung verlassen zu können, und sich nicht von der Entscheidung einer "neuen", auch nicht der übergeordneten, Behörde überraschen lassen zu müssen, die vielleicht einen anderen, rechtlich auch möglichen Standpunkt einnimmt als die an sich zuständige untergeordnete Behörde [2]. Andererseits besteht bei jeder Durchbrechung der Zuständigkeitsordnung - und gerade beim Selbsteintritt - wie bei allen anderen verfahrensrechtlichen Unregelmäßigkeiten der Verdacht der Willkür sowohl zu Gunsten als auch zu Lasten des einzelnen bei der Verwaltung vorstellig gewordenen Bürgers. Dabei ist das erstere genauso abzulehnen wie das letztere, da die der Verwaltung zur Verfügung stehenden Mittel, die aus Steuergeldern herrühren, allen zustehen [3], und in den Fällen, wo die Mittel begrenzt sind, ein anderer nicht Begünstigter eben leer ausgeht. Besonders interessant ist in diesem Zusammenhang, daß gerade nach dem Zweiten Weltkrieg, als die Verwaltungsmittel beschränkt waren, relativ häufig Selbsteintritte hoher und höchster Stellen vorkamen, etwa Wohnungszuweisungen durch höhere statt durch örtliche Wohnungsbehörden [4]. Der Verdacht der Vetternwirtschaft ist hier nicht von der Hand zu weisen.

Jeder Selbsteintritt birgt also die Möglichkeit eines Verstoßes gegen den Gleichheitssatz [5] und gegen das Prinzip der Gleichmäßigkeit [6] der Verwaltung in

---

1) Vgl. Reuß a.a.O., allerdings fast versteckt in Fußnote 12.

2) Wie wichtig es werden kann, welche Behörde zuständig ist, zeigt BVerfGE 1, 82 ff. (entscheidender Teil des Sachverhalts S. 83).

3) Vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20 Rdz. 147.

4) Vgl. HessVGH NJW 1947, 76; VG Karlsruhe DÖV 1949, 199; aufschlußreich auch Württ.-Bad. VGH SJZ 1948, 552 ff. (553), wo von einer unzuständigen Wohnungskommission eine Wohnung für einen Polizeibeamten statt zu Gunsten eines Zivilisten erfaßt wurde.

5) Menger, System, S. 30.

6) So Schneider DVBl 1950, 702 ff. (706); Wilhelm BayVBl 1964, 277 ff. (278); Scholler DÖV 1966, 232 ff. (236).

sich. Dieser auch nur äußere und möglicherweise trügende Schein einer Unlauterkeit muß schon im Interesse des Ansehens der Staatsverwaltung vermieden werden [1].

b) Schließlich ist in diesem Zusammenhang noch auf eine fernerliegende, eher rechtspolitische Funktion der Zuständigkeitsordnung hinzuweisen, daß nämlich bei Einhaltung der Kompetenzen verhindert wird, daß es zu Machtballungen bei hohen Behörden kommt, die nicht durch die allgemeinen Zuständigkeitsregelungen als für die Einheit der Verwaltung notwendig vorgesehen sind. Heutzutage ist man wohl zu Recht allergisch gegen solche Konzentrationsbewegungen, an denen man u.U. totalitäre Systeme erkennen kann [2]. Es mag daher vertretbar erscheinen, die Ausschließlichkeit der Zuständigkeitsverteilung als Ausfluß der Demokratie anzusehen [3], wobei jedoch nicht übersehen werden darf, daß Diktaturen, wenn auch vielleicht nur nach außen hin und aus anderen Gründen [4], hierauf ebenfalls Wert legen [5].

4) Zusammenfassung

Die strikte Einhaltung der Zuständigkeitsordnung hat dreierlei unmittelbare Auswirkungen auf den einzelnen Rechtsgenossen: Zunächst wird ihm überhaupt das Ausfindigmachen der richtigen Behörde erleichtert, zum anderen bietet sie ihm eine gewisse Garantie für die Richtigkeit der Entscheidungen und bewahrt ihn zugleich vor willkürlichen Eingriffen. Daher kann mit Recht gesagt werden, sie stelle einen ersten Rechtsschutz für den Bürger dar [6] und diene der Rechtssicherheit [7], d.i. der Meßbarkeit, Berechenbarkeit und Nachprüfbarkeit der staatlichen Tätigkeit. Die Rechtssicherheit ist ein fundamentaler Grundsatz des Rechtsstaates, von dem das Bundesverfassungsgericht schon im Urteil vom 1.7.1953 [8] gesagt hat, er verlange einen geregelten V e r l a u f des Rechtsfindungsver-

---

1) Vgl. PrOVGE 99, 194 ff. (200).
2) Vgl. Wolff, Band II, S. 13 und 22.
3) So HessVGH NJW 1947, 76.
4) Z.B. aus Mißtrauen verschiedener Ressorts gegeneinander.
5) Vgl. Frank ZAkDR 1941, 2 ff. (4); Emig S. 39; PrOVGE 97, 12 ff. (16).
6) Vgl. Menger, System, S. 29; ders. VerwArch Band 53 (1962), 397; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 289; VGHE 1, I, 74 ff. (75).
7) Hatschek S. 76; Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 132; ders. VerwArch Band 50 (1959), 1 ff. (4); BVerfGE 6, 45 ff. (52); OVG Münster OVGE 9, 191 ff. (197); HessVGH ESVGH 8, 140 ff. (143) = NDBZ 1958, 227, und ESVGH 10, 26 ff. (32 und Leitsatz).
8) BVerfGE 2, 380 ff. (Leitsatz 6 und S. 403).

fahrens. Hierzu gehört in einem weiteren Sinne der Erlaß von Verwaltungsakten durch die staatlichen Behörden, da dadurch unmittelbare rechtliche Bindungen gegenüber dem Bürger geschaffen werden. Diesen geregelten Ablauf stört auch der Selbsteintritt, der damit den Belangen der rechtsstaatlichen Rechtssicherheit zuwiderläuft [1].

Das OVG Saarland [2] und das OVG Berlin [3] vertreten weiter die Auffassung, die Einhaltung der Zuständigkeitsordnung sei durch die Sozialanforderung des Rechtsstaates geboten. Dem kann nicht gefolgt werden. Es ist unerklärlich, wo ein entsprechender Ansatz gefunden werden soll. Eine nähere Begründung wird von den beiden Gerichten nicht gegeben. Man sollte die sowieso schon arg strapazierte Sozialstaatsklausel des Art. 20 Abs. 1 GG nicht auch noch hier mißbrauchen. Sinngemäß gleiches gilt für die vom Hessischen VGH [4] gefundene Begründung, die Einhaltung der Zuständigkeitsordnung und damit das Verbot des Selbsteintrittsrechts sei durch das "verfassungsmäßige Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 2)" zwingend geboten.

IV) Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Schließlich kann die fehlende Zuständigkeit der selbst eintretenden Behörde auch noch unter dem Gesichtspunkt der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung betrachtet werden. Dieses Prinzip, das aus Art. 20 Abs. 3 GG entnommen wird [5] und wie die Rechtssicherheit eines der wesentlichen Elemente des Rechtsstaates darstellt, hat zwei Komponenten: Den Vorrang und den Vorbehalt des Gesetzes. Hier interessiert nur die zweite Alternative, die besagt, daß sich alle Akte der Verwaltung auf ein Gesetz im formellen Sinn zurückführen lassen müssen. In erster Linie denkt man dabei an den Inhalt der Verwaltungsentscheidungen. Der Grundsatz gilt aber ebenso für die Formen und das Verfahren der Verwaltung, m. a. W. auch für die Zuständigkeitsordnung [6]. Das einzelne Organ darf nur diejenigen Aufgaben wahrnehmen, die in seinen Zuständigkeitsbereich fallen. Dies ist beim Selbsteintritt gerade nicht der Fall, und deshalb widerspricht er auch dem Grundsatz

---

1) Fonk S. 126; Wilhelm BayVBl 1964, 277 ff. (278).
2) DÖV 1961, 795 f. (795).
3) DVBl 1959, 514 ff. (517).
4) NJW 1947, 76.
5) Vgl. allgemein Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20 GG, Rdnrn. 124 ff.
6) Vgl. Giacometti S. 243 ff., der zwischen materieller (Inhalt) und formeller (Verfahren, insbes. Zuständigkeit) Gesetzmäßigkeit unterscheidet und letztere sogar als bedeutender bezeichnet (244).

der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung [1].

Allerdings ist hier die wesentliche Einschränkung anzubringen, daß der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nur im Bereich der Eingriffsverwaltung zweifelsfrei gilt, während seine Berechtigung für die Leistungsverwaltung erheblich umstritten ist [2].

C) SELBSTVERANTWORTLICHKEIT DER BEHÖRDEN

I) Wie oben bereits dargelegt wurde [3], sollte Aufsicht eher beratend als reglementierend ausgeübt werden. Insbesondere ist deswegen das herkömmliche Aufsichtsinstrument der Einzelfallweisung so sparsam wie möglich einzusetzen, um die Entschlußkraft der untergeordneten Behörden nicht zu hemmen. Dieser Grundsatz einer guten Verwaltung spricht umso mehr gegen die Steigerung der Einzelweisung, den Selbsteintritt. Alle Behörden, und insbesondere die untersten, die an der Front der Verwaltung gegenüber dem Bürger stehen, sollen verantwortungsfreudig und selbstverantwortlich ihre Aufgaben wahrnehmen.

Diese Einstellung kann sich nur dann herausbilden, wenn nicht von oben in den Kompetenzbereich der untergeordneten Behörden hineinregiert wird. Dies aber geschieht mittels des Selbsteintritts, der die unteren Behörden zu Zuschauern herabwürdigt und sie unnötig bevormundet [4].

Dieser Gesichtspunkt sollte nicht gering geachtet werden. Die Verwaltungskraft eines Verwaltungszweiges ist umso dynamischer und stärker, je eigenständiger, was noch lange nicht eigensinniger bedeutet, die unteren Behörden an die ihnen zugewiesenen Aufgaben herangehen. Ein einziger Selbsteintritt, der sich womöglich noch nicht einmal sachlich rechtfertigen läßt, schafft Mißtrauen zwischen den beteiligten Behörden und bremst die übergangene Behörde bei ihrer künftigen Tätigkeit, da sie jederzeit mit der Möglichkeit eines erneuten Eingriffs rechnen

---

1) So Wolff, Band I, S. 158; Buri DÖV 1962, 483 ff. (485); Wilhelm BayVBl 1964, 277 ff. (278); Scholler DÖV 1966, 232 ff. (236); Hofmann VerwArch Band 58 (1967), 135 ff. (140, Fußnote 55).

2) Auf diese Streitfrage kann hier nicht näher eingegangen werden; vgl. z.B. Bachof, Band II, Nrn. 14 ff.; Maunz S. 63 f.; BVerfGE 8, 155 ff. und hierzu Obermayer DVBl 1959, 354 ff. und Jesch AöR Band 84 (A.F.), 74 ff.

3) Seite 13/14.

4) Vgl. PrOVGE 24, 344 ff. (347); HessVGH NJW 1947, 76; LVG Hannover DVBl 1949, 163 f. (163); Gerland AöR Band 17, 230 ff. (231); Schneider DVBl 1950, 702 ff. (704); Wilhelm BayVBl 1964, 277 ff. (280).

muß. Diese negative Wirkung tritt in ungleich stärkerem Maße ein, als wenn durch eine Weisung eingegriffen wird. Für die angewiesene Behörde besteht immer noch die Möglichkeit, ihre Erkenntnisse darzulegen und ihre Auffassung zu verteidigen. Auf jeden Fall wird die untergeordnete, zur alleinigen Entscheidung zuständige Behörde nicht "überfahren" und verliert nicht ihr Gesicht, sowohl beim Bürger als auch innerhalb ihres eigenen Apparates, wie beim Selbsteintritt, der leicht als Kundgabe der Mißachtung einerseits und als Ausdruck der Selbstherrlichkeit andererseits aufgefaßt werden kann. Wie wichtig Vertrauen und Zusammenarbeit zwischen höherer und niederer Stufe sind, hat schon Gerland [1] hervorgehoben, wenn er sagt, die obere Behörde sehe sowieso nur durch die Augen der unteren Behörde. Recht häufig sind beim Erlaß von Verwaltungsakten nicht die rechtlichen, sondern die tatsächlichen Fragen problematisch. Diese aber können zweifelsohne vom grünen Tisch aus nicht so gut beurteilt, ja überhaupt erkannt werden, wie von den im Einzelfall mit guten Gründen für zuständig erklärten orts- und sachnäheren untergeordneten Behörden, von deren Informationen nach oben die Richtigkeit der Verwaltung entscheidend abhängt.

Der Grundsatz der Selbstverantwortlichkeit hat auch gesetzlichen Ausdruck gefunden, etwa in Art. 77 Abs. 2 der Verfassung des Freistaates Bayern [2]: "Für die Organisation der Behörden und die Regelung ihres Verfahrens hat als Richtschnur zu dienen, daß unter Wahrung der notwendigen Einheitlichkeit der Verwaltung alle entbehrliche Zentralisation vermieden, die Entschlußkraft und die Selbstverantwortung [3] der Organe gehoben wird ...". Diese für die Schaffung der Organisation als solche bedeutsame Richtlinie dürfte in gleichem Maße gelten für die Ausübung der Aufsicht innerhalb der einmal geschaffenen Organisation [4].

II) Abschließend verdient in diesem Zusammenhang noch ein mehr rechtspolitischer Gesichtspunkt hervorgehoben zu werden. Für den einfachen Bürger besteht die Verwaltung hauptsächlich in den ortsnahen untersten Behörden, den Bürgermeisterämtern, Landratsämtern und unteren Sonderbehörden. An sie ist er in den meisten für ihn bedeutsamen Fällen [5], wo er etwas mit der Verwaltung zu tun hat, durch die Zuständigkeitsordnung verwiesen. Zu ihnen hat er in

---

1) AöR Band 17, 230 ff. (231).
2) Vom 2. Dezember 1946 (Bay BS I, S. 3).
3) Eigene Hervorhebung.
4) Vgl. Wilhelm BayVBl 1964, 277 ff. (280).
5) Man denke nur an das Bau-, Polizei- und Straßenverkehrswesen.

aller Regel [1] ein besonderes Vertrauensverhältnis. Zum einen weiß er, daß sie in ihrem relativ kleinen und überschaubaren Gebiet Weg und Steg genau kennen und mit den speziellen Problemen der jeweiligen örtlichen Gemeinschaft vertraut sind. Also können sie auch die ganz besonderen Eigenarten seines Falles, so sieht es wenigstens subjektiv der betroffene Bürger, am besten ermessen und deshalb am gerechtesten entscheiden. Zudem kennt man "seinen" Bürgermeister oder Landrat bzw. die Beamten der unteren Dienststellen. Man weiß, wer und wie sie sind. Falls Schwierigkeiten auftauchen, wird man sich daher auch nicht scheuen, einmal persönlich die zuständigen Behörden aufzusuchen, was wegen deren Nähe ohne großen Kosten- und Zeitaufwand möglich ist [2]. Dieser besondere Kontakt zwischen Publikum und unterer Behörde, der für die Einstellung der Bürger zur Verwaltung in ihrer Gesamtheit recht wichtig ist, wird durch den Selbsteintritt der hohen und höchsten Behörden erheblich gestört. So wie auf Seiten der Behörden das Gefühl der Selbstverantwortlichkeit beeinträchtigt wird, entsteht beim Bürger der Eindruck, seiner Gemeindeverwaltung oder seinem Landratsamt traue man nichts zu, da ihnen gewissermaßen Entscheidungen weggenommen werden. Weggenommen noch dazu von Behörden, die man nur vom Hörensagen kennt, die vermutlich wenig Ortskenntnis haben, weil sie allzu weit entfernt sind, und an die man sich kaum einmal mit seinem persönlichen Anliegen heranzutreten getraut, zu denen man, kurzum, keine rechte Beziehung hat.

Dritter Teil:

Ergebnis

Die Abwägung des Für und Wider fällt nach Betrachtung der einzelnen Argumente relativ leicht.

Weder aus der Organisationsgewalt der Exekutive noch aus den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen läßt sich ein stichhaltiger Anhaltspunkt für die Berechtigung des Selbsteintritts gewinnen. Kaum mehr bringt die gebräuchlichste Beweisführung aus der Behördenhierarchie und der Aufsichtsfunktion der übergeordneten Behörde, die im Weisungsrecht ihren Ausdruck finden. Aus diesem Komplex mag allenfalls das Argument der noch größeren Schnelligkeit des Selbsteintritts gegenüber der Weisung übrig bleiben. Andererseits läßt sich aber gerade

---

1) Abgesehen von den Fällen, wo gerade innerörtliche Gruppeninteressen aufeinandertreffen.

2) Vgl. zu der althergebrachten Regel, daß dem Bürger die Möglichkeit geboten sein muß, sein Anliegen mit möglichst geringem Zeitaufwand persönlich bei der Behörde vorzutragen, Fonk S. 85.

aus der Weisungsbefugnis der Schluß ziehen, der Selbsteintritt sei überflüssig, ja sogar schädlich, letzteres vor allem im Hinblick auf die Selbstverantwortlichkeit der untergeordneten Behörden. Neben diesem unerwünschten Einfluß auf die Entschlußkraft der Behörden spricht die Möglichkeit der Manipulation des Widerspruchsverfahrens, bei manchen Fallgestaltungen sogar des totalen Instanzverlustes, eindeutig gegen ein Selbsteintrittsrecht. Ganz entscheidend ist schließlich, daß der Selbsteintritt einen Verstoß gegen die Zuständigkeitsordnung darstellt, die mit guten Gründen aufgestellt ist und deren strikte Einhaltung im Interesse der Verwaltung bzw. des Staates, aber auch des einzelnen Rechtsgenossen liegt.

Ein unbeschränktes Selbsteintrittsrecht der übergeordneten Behörden gibt es also nicht. Der Selbsteintritt stellt vielmehr einen Verstoß gegen das Verwaltungsverfahrensrecht [1] dar. Da auch das Verfahrensrecht zum objektiven Recht gehört, folgt daraus [2], daß ein durch Selbsteintritt zustandegekommener Verwaltungsakt rechtswidrig ist.

---

1) Im engeren Sinne, vgl. etwa § 8 EVerwVerfG (s. Musterentwurf) = § 74 LandesverwG Schleswig-Holstein.

2) Vgl. Haueisen NJW 1960, 1881 ff. (1883).

KAPITEL III

UNMITTELBARER EINGRIFF DER ÜBERGEORDNETEN BEHÖRDE IN DIE VON DER UNTERGEORDNETEN BEHÖRDE BEREITS ERLASSENE ENTSCHEIDUNG

Bislang wurde die Frage untersucht, ob eine übergeordnete Behörde das Recht hat, sich von vornherein an die Stelle der untergebenen Behörde zu setzen, also bevor diese sich durch eine Entscheidung nach außen geäußert hat [1]. Diese Fallgestaltung soll jetzt verlassen und statt dessen davon ausgegangen werden, daß die zuständige untergeordnete Behörde bereits eine Maßnahme mit rechtlicher Außenwirkung getroffen hat. Eine ganze Anzahl von Autoren und Gerichten vertritt - auf drei Varianten verteilt - die Ansicht, die übergeordnete Behörde könne nun selbst durch Erlaß einer korrigierenden Entscheidung unmittelbar gegenüber dem Bürger eingreifen. Zunächst könnte man vielleicht annehmen, diese Befugnis sei ein weiteres Aufsichtsmittel und damit möglicherweise als zusätzliches Argument für die Berechtigung des Selbsteintritts zu verwerten. Dieser Schluß wäre aber vorschnell, denn logischerweise stellt sich zuerst die Frage, ob dieses Eingreifen nicht ebenfalls ein Selbsteintritt - in einem weiteren Sinne - und daher ebenso rechtswidrig wie der Normalfall ist. Um hierauf eine Antwort zu finden, ist die Interessenlage der beiden Positionen an Hand der jeweiligen Begründungen zu vergleichen.

A) EINGRIFF DER AUFSICHTSBEHÖRDE VON AMTS WEGEN:

Beim Eingriff von Amts wegen, also ohne direkten Anstoß von innen oder außen, wird meist die Auffassung vertreten, die Aufsichtsinstanzen könnten einen Verwaltungsakt der untergeordneten Behörden kassieren; vereinzelt findet sich die Meinung, die einmal erlassene Verfügung könne auch und sogar abgeändert werden [2]. Bei der Frage nach der grundsätzlichen Berechtigung eines unmittelbaren

---

1) Vgl. die Abgrenzung oben S. 7/8 ("erstmalig in einer Angelegenheit").

2) Vgl. insgesamt VGH Stuttgart, WüRV 1925, 89 ff. (90); Fleiner, Institutionen, S. 96 und 206; Haueisen NJW 1954, 1425 ff. (1425); Ipsen, Widerruf, S. 18; Schunck-De Clerck, VwGO, Anm. 9 zu § 73 (S. 349); widersprüchlich Gerland AöR Band 17, 230 ff., der einerseits (S. 243) die entsprechende Vorschrift des § 50 Abs. 3 PreußLandesverwG als allgemeine Regel ansieht, andererseits (S. 265) jedoch auch nach Erlaß einer Entscheidung der übergeordneten Behörde nur ein Weisungsrecht zugesteht. Außerdem natürlich die Befürworter des normalen Selbsteintritts wie etwa Klinger, S. 358/359, der allerdings den Unterschied zum nachträglichen Ein-

Eingriffs ist dieser Unterschied jedoch letztlich nicht ausschlaggebend, da die Aufhebung eines Verwaltungsaktes genauso wie die Abänderung einen neuen Verwaltungsakt darstellt [1]. Auch die Aufhebungs- und Abänderungsgründe im einzelnen - hier werden i. d. R. Gesetzesverletzung und Unzweckmäßigkeit genannt - können dahinstehen, da sie für das "Ob" des Eingriffs der Fachaufsichtsbehörde nichts hergeben [2].

I) Die Begründung für das Recht zum nachträglichen Einschreiten deckt sich fast mit der zum normalen Selbsteintritt.

1) Zunächst wird ebenfalls auf das Aufsichtsrecht, die Behördenhierarchie, letzten Endes also wieder auf die Weisungsbefugnis der übergeordneten Behörden abgehoben. Diese Argumentation gibt hier gleich wenig her wie dort. Die untergeordnete Behörde vermag genauso leicht und wirkungsvoll zu Beseitigung oder Änderung ihres Verwaltungsaktes angewiesen werden wie die anweisungsberechtigte Behörde selbst einschreitet. Auch eine nachträgliche Eingriffsbefugnis ist gerade wegen des Weisungsrechts der übergeordneten Behörden überflüssig. Die Vorteile einer sinnvollen und berechtigten Remonstration oder Diskussion anläßlich der Bekanntgabe einer Weisung sind vor und nach Erlaß einer Entscheidung der untergeordneten Behörde gleichermaßen gegeben. Es kann somit insgesamt auf das oben zum Verhältnis von Weisung und normalem Selbsteintritt Gesagte verwiesen werden [3].

2) Entscheidendes Gewicht wird beim nachträglichen Eingriff auf Analogieschlüsse gelegt, bzw. aus einzelnen verwaltungsrechtlichen Vorschriften gefolgert, es gebe eine allgemeine gewohnheitsrechtliche Regel, wonach der nachträgliche Eingriff erlaubt sei. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß es auch hier nicht unbedenklich erscheint - wegen des Weisungsrechts - überhaupt eine Rechtslücke anzunehmen. Für einen Schluß auf das Verwaltungsgewohnheitsrecht bie-

---

Fortsetzung der Fußn. 2) von S. 50:
griff gar nicht sieht (vgl. die angegebenen Zitate).
Trotz Ablehnung des normalen Selbsteintritts: LVG Lüneburg DVBl 1949, 163 f. (163); VG Karlsruhe DÖV 1949, 199; VGH Bebenhausen VerwRspr 9, 663 ff. (666); Forsthoff, Verwaltungsorganisation, S. 15; Hatschek S. 81; Huber, Band II, S. 665; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 291.

1) Vgl. statt vieler Wolff, Band II, S. 302.

2) Ebenso kann die Unterscheidung nach belastenden und begünstigenden Verwaltungsakten außer Betracht bleiben.

3) S. o. S. 14 ff.

tet sich allerdings beim nachträglichen Einschreiten eine vergleichsweise größere Anzahl von Gesetzesbestimmungen an.

a) In erster Linie ist hier § 50 Abs. 3 des preußischen Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 [1] zu nennen, der lautet: "Unberührt bleibt in allen Fällen die Befugniß der staatlichen Aufsichtsbehörden, innerhalb ihrer gesetzlichen Zuständigkeit Verfügungen und Anordnungen der nachgeordneten Behörden außer Kraft zu setzen, oder diese Behörden mit Anweisungen zu versehen". Ähnlich lautete § 27 Abs. 2 des Landesverwaltungsgesetzes für Thüringen vom 10. Juni 1926 [2] und § 41 der süddeutschen Verwaltungsgerichtsgesetze [3], der seinerseits fast identisch mit § 47 MRVO Nr. 165 [4] ist [5].

Im Hinblick auf die arg lückenhafte Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts kommt den genannten Gesetzesbestimmungen, die große Sach- und Rechtsgebiete umfaßten, eine nicht unerhebliche Bedeutung zu. Ob jedoch deswegen für den früheren Rechtszustand schon mit Sicherheit auf ein Recht der Aufsichtsbehörden zum nachträglichen Eingriff geschlossen werden kann [6], erscheint zweifelhaft. Trotz ihres zugegebenermaßen großen Einflußbereichs stellten die angegebenen Vorschriften doch nur einen Teil des kodifizierten, auf viele Gesetze und Teilbereiche der Verwaltung verstreuten, Verfahrensrechts dar. Insbesondere die Polizeigesetze, die auch insoweit wegen der speziellen Eigenart ihrer Materie eine ähnliche Regelung am ehesten nahegelegt hätten [7], enthielten schon früher nichts dergleichen.

b) Entscheidend für die heutige Rechtslage dürfte aber zum einen sein, daß alle aufgeführten Vorschriften schon seit längerer Zeit nicht mehr in Kraft sind. Besonderes Gewicht wird dabei dem Umstand zugemessen [8], daß die beiden Bestimmungen der süddeutschen Verwaltungsgerichtsgesetze und der MRVO Nr. 165 in der VwGO, die diese Gesetze ablöste, ersatzlos weggefallen sind. Die Folgerung, daß es deshalb ein Recht zum nachträglichen Eingriff heute zum

---

1) Gesetzsammlung für die Königl. Preußischen Staaten, S. 195.
2) Gesetzsammlung für Thüringen, S. 177.
3) Gültig in Hessen, Bayern, Württemberg-Baden; vgl. oben S. 31 Anm. 3.
4) Vgl. oben S. 31 Anm. 3.
5) Ipsen, Widerruf, S. 18, zitiert außerdem, allerdings ohne nähere Bezeichnung: Bad VO. (1884). 43 und AVG. 68.
6) So etwa Jarosch DÖV 1964, 296 ff. (298) und Schunck-De Clerck, VwGO, S. 349.
7) Vgl. oben S. 25.
8) So vor allem Buri DÖV 1964, 299 f. (300) in der Entgegnung auf Jarosch.

mindesten nicht mehr gebe, versucht Jarosch [1] mit dem Einwand zu entkräften, eine gerichtliche Verfahrensordnung wie die VwGO sei eben nur nicht der Platz, wo derartiges geregelt gehöre. Dagegen läßt sich Verschiedenes sagen. Auch die süddeutschen Verwaltungsgerichtsgesetze und die britische MRVO Nr. 165 dienten in erster Linie der Regelung des Verwaltungsprozesses. Sie enthielten deshalb, so könnte man argumentieren, das Recht zum nachträglichen Eingriff überflüssigerweise, woraus dann der Schluß gezogen werden könnte, es handle sich bei § 41 VGG und § 47 MRVO Nr. 165 um Ausnahmevorschriften, die eher einen Umkehr- als einen Ähnlichkeitsschluß nach sich ziehen müßten. Andererseits enthält die VwGO mit den Vorschriften über das Widerspruchsverfahren zum mindesten teilweise [2] eine Regelung des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts. In diesem Zusammenhang wäre eine Vorschrift über die außerprozessualen Eingriffsmöglichkeiten der Aufsichtsbehörden, die vielfach identisch mit den Widerspruchsbehörden sind, möglicherweise denkbar gewesen [3].

Insgesamt läßt sich als Mindestergebnis festhalten, daß das Weglassen ähnlicher Vorschriften wie §§ 41 VGG, 47 MRVO Nr. 165 in der VwGO weder für noch gegen das Bestehen eines Rechts zum nachträglichen Eingriff etwas aussagt.

c) Ein Blick auf das gesamte übrige gesetzte Recht gestattet es, das gewonnene Teilergebnis zu verallgemeinern. Die einzige, ein größeres Rechtsgebiet beherrschende, geltende Vorschrift, die ein Aufhebungsrecht der übergeordneten Behörden vorsieht, ist § 46 Abs. 2 Abgabenordnung [4]. Dieser einen positiven Bestimmung steht die Tatsache gegenüber, daß keines der Landesverwaltungsgesetze, einschließlich des jüngsten von Schleswig-Holstein, keines der Polizeigesetze der Länder, ja, soweit festgestellt werden konnte, auch kein sonstiges Gesetz von einiger Bedeutung, das sich mit den Aufsichtsbefugnissen übergeordneter Verwaltungsbehörden befaßt, ein derartiges Recht erwähnt. Daher dürfte § 46 Abs. 2 AO als Ausnahmevorschrift zu qualifizieren sein, die für einen Schluß auf das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht allein aus der Gesetzes-

---

1) A. a. O..

2) Vgl. zur Doppelnatur des Widerspruchsverfahrens Redeker-von Oertzen, § 68, Randz. 1.

3) Wobei dann allerdings die sowieso schon vorhandenen Bedenken wegen der Gesetzgebungskompetenz des Bundes noch wesentlich bedeutungsvoller geworden wären.

4) Vom 22. Mai 1931 (RGBl. I, S. 161) in der bereinigten Fassung BGBl. III, 610-1. Vgl. hierzu Barske S. 167, Becker-Riewald-Koch S. 146, Kühn S. 606.

systematik nicht herangezogen werden kann. Zumindest läßt sie auf Grund ihrer Sonderstellung insoweit keine eindeutige Folgerung pro nachträgliches Eingriffsrecht zu, da per argumentum e contrario auch der umgekehrte Schluß möglich, ja vielleicht naheliegender, wäre.

II) Da aus dem Weisungsrecht ebenfalls kein stichhaltiger Gesichtspunkt in dieser Richtung übrig geblieben ist, wird es entscheidend darauf ankommen - auch für die richtige Beurteilung und Einstufung der positivrechtlichen Bestimmungen - ob gewichtige Gründe gegen das nachträgliche Eingriffsrecht sprechen. Dabei können gleichfalls die Überlegungen, die beim normalen Selbsteintritt angestellt wurden, als Ausgangsbasis dienen.

1) Der Einwand des Instanzverlustes im Rechtsmittelzug zieht in beiden Fällen gleich stark, aber auch mit den gleichen Einschränkungen [1]. Die einen bereits vorhandenen Verwaltungsakt aufhebende oder gar abändernde Verfügung ist, da sie ihrerseits einen neuen Verwaltungsakt darstellt, wiederum Ausgangspunkt eines Widerspruchsverfahrens. Je nach Instanzstufe der korrigierten, untergeordneten Behörde verschiebt sich also entweder das Vorverfahren nach oben, oder sind Ausgangs- und Widerspruchsbehörde regelwidrigerweise identisch, oder kommt es sogar zum totalen Instanzverlust für den widersprechenden Bürger, wenn statt der erstentscheidenden Behörde die übergeordnete Behörde den ursprünglichen Verwaltungsakt unmittelbar verändert.

2) Vom Standpunkt der Zuständigkeitsverteilung her ergibt sich ein nicht unerheblicher Unterschied zwischen Selbsteintritt und nachträglichem Eingriff. Während bei jenem die übergeordnete Behörde erstinstanzlich tätig wird, indem sie der untergeordneten Behörde vorgreift, hat letztere bei der jetzt interessierenden Fallgestaltung schon einmal entschieden [2]. Die Funktionsaufteilung in erstentscheidende und zur Korrektur berechtigte Aufsichtsinstanz ist zumindest bei der reinen Aufhebung also gewahrt; bei der Abänderung erscheint schon dies zweifelhaft, da u.U. in den neu eingefügten Teilen der korrigierenden Verfügung eine erstinstanzliche Entscheidung gesehen werden kann.

a) Der VGH Bebenhausen [3] hat aus dieser veränderten Sachlage folgenden Schluß gezogen: "Derartige (scil. funktionelle) Zuständigkeitsregelungen schließen zwar ein nach außen greifendes Handeln der Aufsichtsbehörde so lange aus, als die zuständige untere Behörde noch nicht entschieden hat und Raum für ein

---

1) Vgl. oben S. 28 ff.

2) Hier knüpft Siegmund-Schultze DVBl 1964, 91 f. (91/92) an.

3) Urt. vom 30.5.1956, VerwRspr 9, 663 ff. (666).

Verwaltungsbeschwerdeverfahren ist. Späteres Eingreifen im Wege der Dienstaufsicht ist in derartigen Fällen der vorgesetzten Behörde jedoch nicht verwehrt. Ein Verbot an die Aufsichtsbehörde, eine Sache, mit der sich die zuständige unterstellte Behörde abschließend befaßt hat, im Wege der Dienstaufsicht an sich zu ziehen und sie neu zu entscheiden, liegt in s o l c h e n Zuständigkeitsvorschriften nicht. Wohl kommt einer derartigen Verfügung der Aufsichtsbehörde der Charakter eines Verwaltungsaktes zu ...". Diese Ansicht würde möglicherweise dann zu einer in sich überzeugenden Lösung führen [1], wenn weiter gefolgert würde, daß die untergeordnete Behörde nur so lange zuständig wäre für eine bestimmte Angelegenheit, bis sie sich durch Erlaß eines Verwaltungsaktes hierzu geäußert hätte, dann aber die Kompetenz zu irgendwelchen Maßnahmen mit Außenwirkung auf die Aufsichtsbehörde überginge. Dies würde bedeuten, daß es zumindest im Bereich der funktionellen Zuständigkeit temporäre Kompetenzen gibt. Diese Konsequenz hat nicht einmal der VGH Bebenhausen gezogen.

b) Es wäre für einen geregelten und rationellen Verwaltungsablauf auch unerträglich, würde eine bestimmte Angelegenheit aus dem Kompetenzbereich der bis dahin zuständigen Behörde herausgenommen, wenn diese sich einmal damit befaßt hätte. Dies ergibt sich schon daraus, daß die verfügende Behörde den Vollzug ihrer Entscheidung überwachen muß, oftmals Folgeentscheidungen zu treffen hat [2], Anfragen und Gegenvorstellungen der Betroffenen beantworten soll u. v. a. m. Es ist daher auch unbestritten, daß die erstentscheidende Behörde auf jeden Fall selbst weiterhin das Recht hat, ihre eigene Entscheidung aufzuheben oder abzuändern [3].

c) Wenn aber die ursprünglich zuständige, untergeordnete Behörde weiterhin zuständig bleibt, und gleichzeitig der Aufsichtsbehörde ein Recht zum nachträglichen Eingriff eingeräumt wird, so bedeutet dies, daß n a c h Erlaß einer ersten Entscheidung plötzlich zwei Behörden nebeneinander in dieser Angelegenheit tätig werden können. Solche Doppelkompetenz will die Zuständigkeitsordnung aber gerade verhindern. Darum kann auch der Argumentation des VGH Bebenhausen nicht zugestimmt werden. Sie ist deswegen nicht stichhaltig, weil das Gericht nur auf die speziellen Gesichtspunkte gerade der instanziellen Zuständigkeit abgestellt und dabei übersehen hat, daß die strikte Einhaltung, die Ausschließlichkeit und die Invariabilität der Kompetenzen schon von ganz allgemeinen Überlegungen gefordert wird, die unabhängig von der jeweiligen

---

1) Vermutlich würden dann allerdings erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten auftreten.

2) Man denke vor allem an Verwaltungsakte mit Dauerwirkung.

3) Natürlich nur, soweit dies nach den materiellen Grundsätzen über die Beseitigung von Verwaltungsakten möglich ist.

Unterteilung in örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit gelten [1].

Bereits die Gesichtspunkte der Arbeitsteilung und der daraus resultierenden Wirtschaftlichkeit der Verwaltung, die Ausgangsbasis der Zuständigkeitsaufteilung sind, sprechen gegen jede Art von Doppelzuständigkeit, auch gegen die sich aus dem nachträglichen Eingriffsrecht ergebende zwischen Behörden verschiedener Instanzstufen. Da ist weiterhin die generelle Forderung zu beachten, einander widersprechende Entscheidungen zweier Behörden in ein und derselben Sache zu unterbinden. Das Menetekel der Verwaltungsanarchie besteht auch beim nachträglichen Eingriff, denn die untergeordnete Behörde ist nicht gehindert, ihrerseits auch eine zweite, womöglich entgegengesetzte, Entscheidung zu erlassen. Zum anderen ist damit auch die für den Bürger bedeutsame Übersichtlichkeit der Zuständigkeitsordnung in Frage gestellt. Des weiteren ist die außerordentlich wichtige Gleichmäßigkeit der Verwaltung mit ihren Unteraspekten der Vorhersehbarkeit der Entscheidungen und der Vermeidung von Willkürverdacht auch im Falle des nachträglichen unmittelbaren Eingriffs der übergeordneten Behörde gefährdet. Es kann insoweit kein Unterschied bestehen, ob die Aufsichtsbehörde sofort selbst eintritt oder erst abwartet, ob und wie die untergeordnete Behörde entscheidet, um dann ihre Ansicht doch direkt gegenüber dem Bürger durchzusetzen [2]. Da sind schließlich die formalen Postulate der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der formellen Gleichrangigkeit der Behörden, deren Grundsätze hier ebenfalls Geltung beanspruchen.

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, daß auch nach Erlaß einer ersten Verfügung durch die untergeordnete zuständige Behörde Sinn und Zweck der Zuständigkeitsordnung es fast im gleichen Maße wie beim normalen Selbsteintritt verbieten, daß eine zweite, nämlich die übergeordnete, Behörde nunmehr unmittelbar eingreifen darf. Ihrer Aufsichtsfunktion kann und muß letztere mittels der anderen ihr zur Verfügung stehenden Instrumente, namentlich des Weisungsrechts, nachkommen.

3) Letztlich spricht auch, wenngleich nicht so stark wie beim Selbsteintritt, die Selbstverantwortlichkeit der Behörden gegen ein nachträgliches Eingriffsrecht.

---

1) Dieser Fehler zeigt sich recht gut bei Siegmund-Schultze DVBl 1964, 91 f., der sich zur Unterstützung seiner Ansicht auf eine Stelle bei Wolff (Band I, S. 158) beruft, in der dieser speziell auf die instanzielle Zuständigkeit abhebt, dabei aber nicht bemerkt hat, daß gerade Wolff sich grundsätzlich gegen ein Recht der Aufsichtsbehörde zum nachträglichen Eingriff ausgesprochen hat, s. Wolff, Band II, S. 100 und Band III, S. 294.

2) Vor allem dann, wenn Erst- und Zweitentscheidung schnell aufeinander folgen.

Zwar wird die untergeordnete Behörde nicht völlig übergangen, dafür aber durch die unmittelbar gegenüber dem Bürger ergehende Korrekturentscheidung beiseite geschoben. Ihre Befugnis zur Erstentscheidung bleibt wohl bestehen; der einmal erlassene Verwaltungsakt wird ihr jedoch gleichsam aus der Hand genommen, ohne daß sie auf seine Umgestaltung entscheidenden Einfluß nehmen kann.

III) Da somit gewichtige Gründe g e g e n seine Einführung und andererseits kein stichhaltiger Gesichtspunkt f ü r seine Notwendigkeit bestehen, ist auch der nachträgliche unmittelbare Eingriff der Aufsichtsbehörde von Amts wegen abzulehnen.

Die Argumente im einzelnen decken sich grundsätzlich mit denen beim normalen Selbsteintritt, nur ist ihre Intensität beim Fall des nachträglichen Eingriffs in manchen Punkten schwächer, was jedoch letzten Endes nichts am Ergebnis bei Abwägung aller Einzelpunkte zu ändern vermag. Da die Interessenlagen sich solchermaßen ähneln, erscheint es sinnvoll, auch den zuletzt behandelten Fall in die Gruppe der Selbsteintritte einzureihen, allerdings in einem weiteren Sinn als dem bislang gebräuchlichen [1].

B) EINGRIFF DER AUFSICHTSBEHÖRDE AUF FORMLOSE SACHAUFSICHTS-BESCHWERDE HIN:

Der Unterschied zur vorhergehenden Fallgestaltung besteht darin, daß das Eingriffsrecht der übergeordneten Behörde jetzt zusätzlich oder allein von einem Anstoß von außen, nämlich der formlosen Sachaufsichtsbeschwerde [2], abhän-

---

1) Ebenso OVG Saarland DÖV 1961, 795; Buri DÖV 1962, 483 ff. (485); ders. DÖV 1964, 299 f. (300); Hofmann VerwArch Bd. 58 (1967), 135 ff. (140, Fußnote 53); Scholler DÖV 1966, 232 ff. (236); allerdings meist ohne auf den Unterschied zwischen den beiden Fallgestaltungen einzugehen. Ausdrücklich und besonders sauber ist dies von OVG Rheinland-Pfalz AS 7, 302 ff. herausgearbeitet.

2) Vielfach wird der Begriff Dienstaufsichtsbeschwerde gebraucht. Trennt man jedoch aus Gründen der begrifflichen Sauberkeit in Dienstaufsicht, die nur die personellen Verhältnisse betrifft, und Sach- oder Fachaufsicht, die die sachliche Ausführung der Verwaltungsgeschäfte anbelangt, so empfiehlt sich die Unterscheidung auch hinsichtlich der Zielrichtung der formlosen Beschwerde. Mit der Dienstaufsichtsbeschwerde wird das persönliche Verhalten der beteiligten Beamten gerügt, mit der Sachaufsichtsbeschwerde die sachliche Erledigung. Nur letztere interessiert aber hier, denn nur sie könnte allenfalls einen Eingriff rechtfertigen.

gen soll [1].

I) Grundsätzlich gilt hier das gleiche wie beim nachträglichen Selbsteintritt von Amts wegen. Als Besonderheit kommt jedoch hinzu, daß der Bürger, der zur Aufsichtsbeschwerde greift, in der Regel durch eine Maßnahme der Verwaltung beschwert ist. Da er eine ihm günstigere Entscheidung durch die Aufsichtsbehörde erhofft, hat er kein Interesse an der Einhaltung der Zuständigkeitsordnung. Daher, so könnte man argumentieren, ist gegen eine Zuständigkeitsverschiebung, als die sich das nachträgliche Eingriffsrecht darstellt, nichts einzuwenden. Dieser Schluß zieht aber deswegen nicht, weil die Zuständigkeitsverteilung zunächst dem Interesse der Allgemeinheit bzw. des Staates dient und erst in zweiter Linie dem des betroffenen Rechtsgenossen. Auf jeden Fall steht die Kompetenz einer Behörde nicht zur Verfügung eines Einzelnen. So aber wäre es, würde man ein Eingriffsrecht nach formloser Beschwerde zuerkennen. Die Zuständigkeit einer zweiten, d. i. der übergeordneten, Behörde wäre in diesem Fall vom Gutdünken des Bürgers abhängig, ob er nämlich Aufsichtsbeschwerde einlegt oder nicht.

II) Gerade um das Argument der fehlende Zuständigkeit wird man also auch hier nicht herumkommen. Deshalb hat einer der Befürworter [2] des nachträglichen Eingriffsrechts auf die Aufsichtsbeschwerde hin die dogmatisch notwendige Konsequenz gezogen, daß die formlose Sachaufsichtsbeschwerde eben einen Devolutiveffekt habe, kraft dessen die Zuständigkeit nach oben verlagert werde. Diese ohne nähere Begründung vertretene Ansicht erscheint unhaltbar, denn sie findet nirgends, vor allem auch nicht in den gewohnheitsrechtlichen Grundsätzen

---

1) Vgl. SächsOVG Band 9, 96 ff. (98); OVG Berlin NJW 1952, 1232; Bachof, Festschrift Laforet, S. 312; Fleiner, S. 206 und S. 229; Forsthoff, 8. Auflage, S. 478, Fußnote 3 (in der 9. Auflage fehlt dieser Teil ganz) unter Bezug auf drei Entscheidungen aus den Jahren 1897, 1898 und 1912; Heinze VerwArch Band 52 (1961) 275 ff. (285); Landmann-Giers-Proksch S. 152; Peters S. 193; Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 208 f.; v. Turegg-Kraus S. 293; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 167.
Es ist darauf hinzuweisen, daß teilweise aus dem Wortlaut nicht klar hervorgeht, ob nun ausdrücklich ein Recht zum Eingreifen bejaht wird, oder ob nur gleichsam als Abfallprodukt bei der Frage nach dem Rechtscharakter der Aufsichtsentscheidung die Tatsache berichtet wird, daß die Aufsichtsbehörden manchmal mit Außenwirkung tätig werden.

2) Mang, S. 134.

des Verwaltungsrechts, eine Stütze. Im Gegenteil: Eine solche Zuständigkeitsverschiebung ist schon durch die Regelungen der VwGO über das Widerspruchsverfahren ausgeschlossen. Schiedermair hat in einer eingehenden Stellungnahme [1] dargelegt, daß Aufsichtsverfahren und Widerspruchsverfahren zwar nebeneinander bestehen, die Unterschiede in der Außenwirkung der Entscheidung der Aufsichts- bzw. Widerspruchsbehörde aber streng eingehalten werden müssen, da sonst die formellen Voraussetzungen des Widerspruchs sinnlos würden. Dem muß uneingeschränkt zugestimmt werden. Man braucht sich nur einmal vergegenwärtigen, zu welchen Unzuträglichkeiten es führen würde, wollte man der formlosen Aufsichtsbeschwerde einen echten Devolutiveffekt zubilligen, m. a. W. der Aufsichtsbehörde ein Eingriffsrecht zusprechen. Die formlose Sachaufsichtsbeschwerde kann von jedermann und zu jeder Zeit eingelegt werden [2]. Die Widerspruchsfristen, die in erster Linie dem Rechtsfrieden, der Rechtssicherheit und dem berechtigten Interesse der Verwaltung dienen sollen, eine Angelegenheit einmal als abgeschlossen betrachten zu können [3], würden bedeutungslos. Da die Kompetenz einer Behörde nicht nur das Recht beinhaltet, sich einer bestimmten Verwaltungsaufgabe anzunehmen, sondern als Korrelat hierzu die Pflicht, dies auch zu tun, würde die Zuständigkeitsübertragung durch die Aufsichtsbeschwerde dazu führen, daß die übergeordnete Behörde jedesmal und immer zur Sache entscheiden müßte. Dieser Pflicht würde etwa eine einfache Mitteilung an den Beschwerdeführer, man weiche von der ergangenen Entscheidung nicht ab, wohl kaum genügen. Eine intensive und allumfassende Prüfung der ergangenen Entscheidung würde zu neuen Konflikten führen, insbes. bei rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakten bzw. immer dann, wenn die Aufsichtsbehörde die Position irgendeines Beteiligten verschlechtern wollte. Dabei fällt besonders ins Gewicht, daß der Anstoß hierzu auch von einem ganz unbeteiligten Dritten kommen könnte. Demgegenüber kann die untergeordnete zuständige Behörde sich darauf berufen, daß sie ihrer Pflicht zur Entscheidung nachgekommen ist.

III) Der Anspruch des Bürgers auf Bescheidung seiner Beschwerde kann vollauf befriedigt werden mit dem Instrument des Weisungsrechts. Will die Aufsichtsbehörde keine Änderung der Erstentscheidung veranlassen, so teilt sie dies dem Bürger direkt mit [4]. Im anderen Fall ergeht eine Anweisung an die untergeord-

---

1) BayVBl 1961, 357 ff.

2) Dies ist unbestritten; vgl. statt vieler Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 208; Klickermann, BaWüVBl 1957, 81 ff.

3) Vgl. etwa Bettermann JZ 1965, 265 ff. (267).

4) Diese Mitteilung "regelt" nichts, ist also auch kein Verwaltungsakt; vgl. statt vieler BGH NJW 1965, 1017 ff. (1018) mit weiteren Nachweisen.

nete Behörde, den Verwaltungsakt aufzuheben oder abzuändern. Wenn es nötig erscheint, kann dem Bürger dann sogar mitgeteilt werden, er werde demnächst von der zuständigen Behörde hören. Eine Eröffnung des Inhalts der Weisung dem Bürger gegenüber erübrigt sich, ja sie sollte grundsätzlich vermieden werden, da sonst wieder das Problem auftaucht, ob diese Mitteilung nicht schon selbst bereits einen Verwaltungsakt darstellt [1].

IV) Zusammenfassend vermag also festgehalten zu werden, daß auch eine Sachaufsichtsbeschwerde die angerufene übergeordnete Behörde nicht berechtigt, durch eine Entscheidung direkt gegenüber den Beteiligten die Maßnahme der untergeordneten Instanz aufzuheben oder abzuändern. Eine solche Entscheidung stellt sich genauso wie der Eingriff von Amts wegen als Selbsteintritt im weiteren Sinne dar und ist daher rechtswidrig. Insbesondere steht einer Eingriffsbefugnis der Grundsatz der strengen Einhaltung der Zuständigkeitsordnung entgegen [2].

C) SACHENTSCHEIDUNG DER WIDERSPRUCHSBEHÖRDE NACH VERSPÄTETEM WIDERSPRUCH:

I) Problemstellung und Abgrenzung:

Der recht einfache Sachverhalt birgt eine Fülle von schwierigen rechtlichen Fragen [3], die in zwei große Gruppen aufgeteilt werden können, nämlich einmal, ob die Widerspruchsbehörde auf den verfristeten Widerspruch hin überhaupt noch zur Sache - gleichgültig, ob positiv oder negativ für den Widerspruchsführer - entscheiden darf, und daran anschließend, wie das Verwaltungsgericht zu entscheiden hat, wenn nach Erlaß eines sachentscheidenden Widerspruchsbescheids Klage erhoben wird.

Im Rahmen des Themas interessiert von vornherein nur der erste Teil dieses

---

1) Vgl. hierzu Bachof, Festschrift Laforet, S. 313, der zwar auf eine Einzelfallprüfung abstellt, jedoch der Meinung ist, es werde in der Regel ein Verwaltungsakt vorliegen.

2) So insbesondere Schiedermair BayVBl 1961, 357 ff. (363); Simon BayVBl 1968, 193 ff. (194); von der Groeben-Knack § 16 Anm. 2. 4; Wolff, Band III, S. 294.

3) Vgl. Bettermann JZ 1965, 265 ff.; Hamann DÖV 1962, 892 f.; Buri DÖV 1962, 929 ff., (Entgegnung auf Hamann); Redeker-von Oertzen § 70, Rdz. 7 mit weiteren Nachweisen; s. im übrigen in der Folge bei Behandlung der Einzelheiten.

Komplexes und zwar in der Konstellation, daß erstentscheidende und Widerspruchsbehörde nicht identisch sind. Da in diesem Fall meist das Verhältnis von untergeordneter und übergeordneter Fachaufsichtsbehörde vorliegt, lassen sich gewisse Parallelen zu den beiden zuvor behandelten nachträglichen Eingriffen ziehen. Insoweit sollen einige Teilaspekte herausgegriffen werden, insbesondere unter Berücksichtigung der recht aufschlußreichen höchstrichterlichen Rechtsprechung; ein vollständiger Lösungsversuch würde angesichts der Fülle der einschlägigen Gesichtspunkte [1] hier zu weit führen.

II) Parallelen und Unterschiede zum nachträglichen Eingriff der Aufsichtsbehörde

Im Unterschied zum nachträglichen Eingriff von Amts wegen oder auf eine formlose Aufsichtsbeschwerde hin liegt hier sicher irgendwann eine gesetzliche Zuständigkeitsverlagerung vor, denn § 73 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 VwGO bestimmen ausdrücklich, daß eine andere als die erlassende und zunächst zuständige Behörde oder ein Ausschuß bzw. Beirat entscheiden muß und darf, daß also der Widerspruch Devolutiveffekt hat. Fraglich ist jedoch, ob dieser Devolutiveffekt von unbegrenzter Dauer ist, oder ob nicht nach Ablauf der Widerspruchsfrist die Kompetenz der Widerspruchsbehörde zur Sachentscheidung abgelaufen ist. Siegmund-Schultze [2] ist der Ansicht, für diese zweite Alternative sei kein Grund ersichtlich, deshalb bestehe auch kein Anlaß danach zu trennen, ob die erlassende oder die übergeordnete Behörde die neue Sachentscheidung nach einem verspätet eingelegten Widerspruch treffe. Das kann nicht unwidersprochen hingenommen werden.

Die Zuständigkeitsverlagerung durch den Widerspruch ist nur eine relative [3]. Neben der erst jetzt zuständig werdenden Widerspruchsbehörde bleibt der erlassene Verwaltungsakt nämlich weiterhin im Kompetenzbereich der Ausgangsbehörde. Es besteht also eine Doppelzuständigkeit und keine ausschließliche zu Gunsten der Widerspruchsbehörde. Gerade etwa die Befugnis der erstentscheidenden Behörde, ihren Verwaltungsakt selbst zu kassieren oder abzuändern, ist unbe-

---

1) Z.B. stillschweigende Wiedereinsetzung, Streitgegenstand, formelle Rechtskraft von Verwaltungsakten, Sinn und Funktion des Widerspruchsverfahrens.

2) DVBl 1964, 91 f. (Urteilsanmerkung zu BVerwG DVBl 1964, 89 ff.).

3) Vgl. Schiedermair BayVBl 1961, 357 ff. (359).

stritten und besteht sogar noch während des Prozesses [1]. Geht man davon aus, daß Doppelzuständigkeiten nach Möglichkeit zu vermeiden sind, da sie zu Unsicherheiten führen, und sieht in der Zuständigkeitsverschiebung durch das Widerspruchsverfahren nur eine exzeptionelle Überlagerung der immerwährenden Zuständigkeit der Ausgangsbehörde, so liegt der Schluß nahe, diese Überlagerung sei zeitlich begrenzt durch die Widerspruchsfrist, m. a. W. sie erlösche nach deren Ablauf. Dafür spricht weiterhin, daß generell durch das Setzen von Fristen, und dies gilt auch für die Widerspruchsfrist, im Interesse des Rechtsfriedens verhindert werden soll, daß einmal abgeschlossene Angelegenheiten immer wieder aufgerollt werden können. Dementsprechend sind nach den Prozeßordnungen [2] verfristete Rechtsmittel oder Rechtsbehelfe obligatorisch als unzulässig zu verwerfen.

III) Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts:

Diesen Bedenken hat das Bundesverwaltungsgericht [3] Rechnung getragen, wenn es mehrfach ausführt, die Widerspruchsbehörde sei nicht mehr gehalten, sachlich zu entscheiden nach Versäumung der Frist und handle deshalb auch nicht rechtswidrig, wenn sie einen Widerspruch zu Recht als verspätet zurückweise. Damit ist aber letztlich noch nichts über die hier interessierende Befugnis zur Sachentscheidung ausgesagt. Hierzu hat das BVerfG folgendermaßen - und damit ist der Anschluß zum Selbsteintritt hergestellt - Stellung genommen [4]: "Die Sachherrschaft der Behörde wird durch die Versäumung der Einspruchsfrist [5] dagegen nicht berührt. Außerhalb der streng formalisierten Vorschriften des Prozeßrechts bleiben die im Verwaltungsverfahren zuständigen Behörden Herren über den Streitstoff und in der Lage, durch sachlich begründete Bescheide die Voraussetzung für einen anschließenden Verwaltungsprozeß zu schaffen". Dem kann nur voll zugestimmt werden.

---

1) Vgl. BVerwGE 2, 31 ff.; Bachof, Band 1, I, B 72; Redeker-von Oertzen § 90, Rdz. 6. Nach Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 275, steht auch das Recht, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gem. § 80 VwGO auszuschließen, vor und nach Einlegung des Widerspruchs nur der Ausgangsbehörde zu.

2) Vgl. §§ 319, 346 Abs. 1 StPO, 519b), 554a), 574 ZPO, 125 Abs. 2, 143, 144 Abs. 1 VwGO.

3) Vgl. DVBl 1965, 89 ff.; DÖV 1967, 355 f.; VerwRspr 18, 523 ff..

4) Urteil vom 16. 1. 1964 = DVBl 1965, 89 ff. (90). In diesem Fall waren allerdings Ausgangs- und Widerspruchsbehörde identisch.

5) Die Entscheidung betraf den Rechtszustand vor der VwGO, was jedoch unerheblich ist.

Dann aber wird der Unterschied relevant, welche Behörde Widerspruchsbehörde ist: die erstentscheidende oder eine andere, vor allem etwa die Aufsichtsbehörde. Nur die erstere ist nämlich im normalen Verwaltungsverfahren zuständig. Im Urteil vom 30.5.1960 [1] hat das BVerwG dies schlicht übersehen und ist von der weitergeltenden Sachherrschaft, d.h. Zuständigkeit im außerprozessualen Verwaltungsverfahren, der erstentscheidenden Behörde ohne weiteres auf die eines Beschwerdeausschusses übergegangen, dem sicher auch damals unter der Geltung der süddeutschen VGG kein Recht zum nachträglichen außerprozessualen Eingriff zustand [2]. Zum Problem des Selbsteintritts im weiteren Sinne brauchte sich das BVerwG nach diesem kühnen Sprung nicht zu äußern. Auch in der Folge ist das Gericht dieser Frage stets ausgewichen und hat trotz entsprechender Kritik in dieser Richtung nie ausdrücklich dazu Stellung genommen.

Andererseits scheint aber der ursprüngliche Standpunkt, der inzident die Anerkennung eines nachträglichen Eingriffsrechts auf den verspäteten Widerspruch hin beinhaltete [3], langsam aufgegeben worden zu sein. In BVerwGE 17, 178 ff. [4] wird, nachdem wiederum ein Beschwerdeausschuß entschieden hatte, zusätzlich eine zweite Begründung herangezogen, um die seitherige Ansicht zu stützen. Es wird nämlich Wert auf die Feststellung gelegt, daß die beklagte Behörde, d.i. die Ausgangsbehörde, sich sachlich auf die Klage eingelassen habe, was wohl bedeuten soll, sie habe zumindest nachträglich von ihrer Sachentscheidungsbefugnis Gebrauch gemacht. Neuerdings, im Beschluß vom 29.10.1968 [5], scheint das BVerwG jetzt endgültig die unterschiedliche Rechtslage [6], je nachdem, wer Widerspruchsbehörde ist, erkannt und die Konsequenzen für die Sachentscheidungsbefugnis gezogen zu haben, wenn es in einem obiter dictum am Ende der Entscheidung heißt: "Zur Klarstellung sei jedoch bemerkt, daß die Verwaltungsbehörden einen Widerspruch - ebenso wie Eingaben anderer Bürger - zum Anlaß nehmen können, die Rechtsmäßigkeit eines VA von Amts wegen zu überprüfen und im Rahmen ihrer Zuständigkeit einen etwa rechtswidrigen begünstigenden VA nach den dafür entwickelten Regeln aufzuheben oder seine Aufhebung zu veranlassen (vgl. Simon BayVBl 1968, 193 ff.)" [7].

---

1) NJW 1960, 1781.

2) § 41 VGG sprach von "übergeordneten Behörden".

3) Vgl. auch VG Minden DÖV 1962, 115 f.; VGH Baden-Württemberg BaWüVBl 1966, 173 ff.

4) Urteil vom 27.11.1963 = DVBl. 1964, 190 f. (ausführlicher).

5) DÖV 1969, 142 f.

6) Außerdem wird nun der Widerspruch eines Dritten, der nicht die Verletzung eigener Rechte geltend macht (Nachbar im Baurecht), dem unzulässigen, weil verspäteten, Widerspruch gleichgestellt.

7) Ebenso (unter Bezug auf das BVerwG) VGH Bad.-Württ. DÖV 1969, 646 f.

Daran ist bemerkenswert und neu, daß das BVerfG zum erstenmal ausdrücklich in Betracht zieht, daß eine Widerspruchsbehörde u. U. gar nicht selbst eingreifen darf, sondern eine Sachentscheidung "veranlassen" muß, was wohl nichts anderes als "anweisen" bedeuten dürfte. Daß damit gerade für den Fall, daß die Widerspruchsbehörde zugleich Aufsichtsbehörde ist, jetzt das Recht zum unmittelbaren Erlaß eines sachentscheidenden Bescheids abgelehnt wird, und die Widerspruchsbehörde statt dessen auf ihr Weisungsrecht gegenüber der Ausgangsbehörde verwiesen wird, dürfte endgültig durch den Bezug auf Simon bewiesen werden, der auf das Problem des Selbsteintritts hier hingewiesen und eindeutig ein diesbezügliches Recht der übergeordneten Behörde abgelehnt hat [1].

IV) Weiterentwicklung und Ergebnis:

1) An die Rechtsprechung des BVerfG hat vor allem Siegmund-Schultze [2] angeknüpft, wobei er wohl vorschnell den Schluß zog [3], das Gericht habe sich eindeutig für ein Entscheidungsrecht der übergeordneten Behörde auf den verspäteten Widerspruch hin ausgesprochen. Anscheinend hat Siegmund-Schultze die Zweifelhaftigkeit dieser Annahme doch bemerkt, denn er sieht sich genötigt, zusätzlich Argumente für ein nachträgliches Sachentscheidungsrecht, d. i. ein Selbsteintrittsrecht im weiteren Sinne, aufzustellen. Da heißt es zum einen, das Verbot des Selbsteintrittsrechts gelte hier deswegen nicht, da der Bürger ja eine Entscheidung wolle, und nur wegen des im Bürgerinteresse geltenden Grundsätzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung der Selbsteintritt verboten sei. Dem hat Hofmann [4] zu Recht entgegengehalten, daß die Zuständigkeitsordnung und damit der sie beherrschende Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in erster Linie dem Interesse der Allgemeinheit diene. Des weiteren wird vorgebracht, die untergeordnete Behörde werde nicht überrascht, da sie ja schon entschieden habe, und schließlich sei die Sachentscheidungsbefugnis der Widerspruchsbehörde, wenn sie zugleich Aufsichtsbehörde sei, mit den althergebrachten Grundsätzen der Behördenhierarchie zu rechtfertigen [5].

2) M. a. W.: Es werden die für den nachträglichen Eingriff von Amts wegen oder auf die formlose Sachaufsichtsbeschwerde hin vorgebrachten Gründe auch

---

1) A. a. O. S. 194.

2) DVBl 1965, 91 f.

3) Vor allem bei E 17, 178 ff., wo bereits die erste Unsicherheit des BVerwG zu erkennen ist; vgl. oben S. 63.

4) VerwArch Band 58 (1967), 135 ff. (140, Fußnote 55).

5) So Jarosch DÖV 1964, 296 ff. (298). Vgl. hierzu vor allem oben S. 52 f.

hier herangezogen. Dies ist im Grunde genommen völlig berechtigt, da die Interessenlage dieselbe ist. Wie bereits zu zeigen versucht wurde, sind diese Gründe jedoch alle nicht stichhaltig, daher kann aus ihnen auch nicht eine Sachentscheidungsbefugnis der mit der Ausgangsbehörde nicht identischen Widerspruchsbehörde hergeleitet werden [1]. Ihre Sachentscheidung nach verspätetem Widerspruch ist somit ebenfalls als unerlaubter Selbsteintritt im weiteren Sinne zu qualifizieren. Welche Folgen ein solchermaßen rechtswidriger Eingriff der Widerspruchsbehörde auf das gerichtliche Verfahren hat, mag dahinstehen [2].

1) So u. a. Buri DÖV 1962, 483 ff. (485); ders. DÖV 1964, 299 f. (300); Scholler DÖV 1966, 232 ff. (236); Weides Jus 1964, 446 ff. (448); BayVGH DVBl 1965, 93 f.

2) Beispielsweise vertritt Hofmann VerwArch Band 58 (1967), 135 ff. (167) die Ansicht, daß es für den Umfang der gerichtlichen Prüfung gar nicht auf die Befugnis der Widerspruchsbehörde zur Sachentscheidung ankommt, sondern allein auf die Frage, ob zur Sache entschieden wurde oder nicht.

KAPITEL IV
WEITERE GENERELLE ABWEICHUNGEN VOM NORMALFALL DES SELBSTEINTRITTS UND RANDERSCHEINUNGEN

In der Folge sollen wiederum einzelne Tatbestandsmerkmale des oben aufgestellten Normalfalls - wie im vorangegangenen Kapitel das "Erstmalig in einer Angelegenheit" - verändert und gegen andere ausgetauscht werden, und die Auswirkungen dieser Änderungen in bezug auf das seither gewonnene Ergebnis untersucht werden. Teilweise wird dadurch das traditionelle Bild des Selbsteintritts so stark verzerrt, daß man eigentlich nur noch von ähnlichen bzw. Randerscheinungen sprechen kann.

A) SELBSTEINTRITT IM BEREICH DER SELBSTVERWALTUNG

I) Abgrenzung:

Unter Selbstverwaltung soll, der Definition Forsthoffs [1] folgend, die selbständige Wahrnehmung an sich staatlicher Aufgaben durch Körperschaften, Anstalten [2] und Stiftungen des öffentlichen Rechts im eigenen Namen verstanden werden, m.a.W. der Teil der Verwaltung, der nicht unmittelbare Staatsverwaltung und nicht Auftragsverwaltung ist [3].

II) Der "normale" Selbsteintritt:

Es ist von vornherein selbstverständlich, daß das Verbot des normalen Selbsteintritts hier in noch stärkerem Maße gilt, da die Selbstverwaltungsträger außerhalb der staatlichen Behördenhierarchie stehen und das für die staatlichen Behörden geltende Prinzip der Selbstverantwortlichkeit bis zur eigenen Rechtspersönlichkeit gesteigert ist, was beispielsweise für die Frage der Verschiebung des Widerspruchsverfahrens durch den Selbsteintritt wegen § 78 Abs. 1 Ziff. 1 VwGO von ganz entscheidender Bedeutung ist.

---

1) S. 444; vgl. auch W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 529.

2) Soweit sie rechtsfähig sind.

3) Teilweise wird dieser Bereich der Verwaltung auch als mittelbare Staatsverwaltung bezeichnet, so etwa von Landmann-Giers-Proksch S. 64, und unter Selbstverwaltung nur die körperschaftliche Verbandsverwaltung verstanden. Dieser Definitionenstreit mag dahinstehen; vgl. hierzu Forsthoff a.a.O.

III) Die Ersatzvornahme durch die Aufsichtsbehörde:

Die Selbstverwaltungsträger nehmen, zwar in eigener Regie handelnd, doch staatliche Aufgaben wahr und unterliegen deshalb einer staatlichen Aufsicht. Da es sich aber um eigene Rechtspersönlichkeiten handelt, ist die Aufsicht zum einen nur Rechtsaufsicht, zum anderen sind die Mittel der Aufsicht begrenzt. Ihr Umfang läßt sich am besten an der Kommunalaufsicht über die Gemeinden zeigen, da hier in allen Bundesländern gesetzliche Regelungen bestehen [1], die grundsätzlich als exemplarisch gelten können. Sie sind überdies vielfach ausdrücklich von Gesetzes wegen für sinngemäß anwendbar erklärt bei der Staatsaufsicht über andere Bereiche der Selbstverwaltung [2]. Sämtliche Gemeindeordnungen kennen ein dem Selbsteintritt verwandtes Rechtsinstitut: die Ersatzvornahme der Rechtsaufsichtsbehörde gegenüber der Gemeinde [3]. Wie schon der Name sagt, beinhaltet es das Recht, an Stelle der beaufsichtigten Körperschaft zu handeln und entspricht insoweit der Konstellation beim Selbsteintritt [4]. Der entscheidende Unterschied zum Selbsteintritt besteht aber darin, daß die Ersatzvornahme nur in ganz besonderen Fällen durchgeführt werden kann, und zwar bei Ungehorsam der Gemeinde gegenüber einer "Anordnung" oder einer "Beanstandung". Ein Anordnungsrecht [5], das keineswegs mit dem Weisungsrecht verwechselt werden darf, besteht dann, wenn die Gemeinde ihren gesetzlichen Verpflichtungen nicht nachkommt. Ein Beanstandungsrecht [6] hat die Rechtsaufsichtsbehörde,

---

1) Vgl. insgesamt die Zusammenstellung bei Loschelder a.a.O.

2) Z.B. für Baden-Württemberg: § 24 Abs. 1 des Zweckverbandsgesetzes vom 24. Juli 1963 (GBl. S. 114); § 5 Abs. 4 des Gesetzes über die öffentliche Berufsvertretung der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker und Dentisten (Kammergesetz) vom 27. Oktober 1953 (GBl. S. 163) nach dem Stand der letzten Änderung vom 2.4.1968 (GBl. S. 134); § 24 Abs. 3 des Gesetzes über die Landeswohlfahrtsverbände vom 23.4.1963 (GBl. S. 35); vgl. außerdem Art. 128 des Gesetzesentwurfs einer "Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg" (abgedruckt bei Dürig, Gesetze des Landes Baden-Württemberg, Anhang 2).

3) § 123 GemO Baden-Württemberg; Art. 113 GemO Bayern; §§ 138, 140 GemO Hessen; § 130 Abs. 2 GemO Nieders.; § 109 Abs. 2 GemO Nordrhein-Westf.; §§ 124 Abs. 2, 126 SelbstverwG Rheinland-Pfalz; §§ 123, 125 KommunalselbstverwaltungsG Saarland; § 125 GemO Schleswig-Holstein.

4) Wolff, Band II, S. 101, bezeichnet die Ersatzvornahme auch als Selbsteintritt.

5) § 122 B-W.; § 139 Hessen; § 130 Abs. 1 Nieders.; § 109 Abs. 1 N-W.; § 125 R-P.; § 124 Saarland; § 124 S-H.; nicht in Bayern.

6) § 121 B-W.; Art. 112 Bayern; § 138 Hessen; § 129 Nieders.; § 108 N-W.; § 124 Abs. 1 R-P.; § 122 Saarland; § 123 S-H.

wenn die Gemeinde einen rechtswidrigen Beschluß gefaßt hat. Erst wenn auf die Anordnung, eine bisher unterlassene gesetzliche Verpflichtung zu erfüllen, oder auf die Beanstandung, eine rechtswidrige Handlung rückgängig zu machen - insoweit ähnelt die Sachlage der beim nachträglichen Eingriff - die Gemeinde renitent bleibt, kann unter Fristsetzung [1] zur Abhilfe die Ersatzvornahme durchgeführt werden. Das Recht zur Ersatzvornahme bedeutet also nicht, wovon beim Selbsteintritt bislang [2] ausgegangen wurde, daß sich die Rechtsaufsichtsbehörde ohne weiteres und von vornherein an Stelle der "untergeordneten" Körperschaft setzen darf. Da die Aufsichtsmittel und also auch die Ersatzvornahme mit ihren speziellen Voraussetzungen und ihrem förmlichen Verfahren abschließend geregelt sind, ist auch aus diesem Grunde ein normales Selbsteintrittsrecht neben der Ersatzvornahme im Bereich der Selbstverwaltung abzulehnen [3].

B) SELBSTEINTRITT BEI NICHT DURCH EIN FORMELLES GESETZ BEGRÜNDETER ZUSTÄNDIGKEIT DER UNTERGEORDNETEN BEHÖRDE

Bei der seitherigen Untersuchung wurde davon ausgegangen, daß die Kompetenz der untergeordneten Behörde, der gegenüber der Selbsteintritt in Betracht gezogen wird, kraft eines Gesetzes im formellen Sinn besteht. Früher war eine gesetzliche Zuständigkeitsverteilung für alle Behörden auch die Regel [4]. Heute sind die Zuständigkeiten, vor allem der unteren Behörden, vielfach nur noch instruktionell geordnet, d.h. durch Rechtsverordnungen, aber auch durch Runderlasse, Verwaltungsanordnungen, oder Verfügungen - teilweise unter dem Begriff der "Organisationsverordnungen" [5] zusammengefaßt - der hohen und höchsten Behörden. Es ist heftig umstritten, ob und inwieweit ein solches Verfahren überhaupt rechtmäßig ist. Für den Bereich der leistungsgewährenden Verwaltung ist seit dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 6.5.1958 [6], der die aufgeworfene Frage positiv beantwortet hat, eine gewisse Klärung eingetreten [7].

---

1) Eine Ausnahme besteht in Hessen: § 138 GemO gestattet es der Rechtsaufsichtsbehörde, ohne Fristsetzung einen rechtswidrigen Beschluß der Gemeinde aufzuheben.

2) Zu den Ausnahmen beim Selbsteintritt außerhalb der Selbstverwaltung s. Kapitel V) im Anschluß.

3) Vgl. BVerwGE 3, 11 ff. (12); Wilhelm BayVBl 1964, 277 ff. (280).

4) Vgl. Schneider DVBl 1950, 702 ff. (705).

5) Vgl. zu diesem Begriff Anschütz-Thoma S. 251; Groß DÖV 1963, 51 ff. (52).

6) BVerfGE 8, 155 ff.; ebenso z.B. BayVGH VerwRspr 19, 347 ff.

7) Vgl. aber die Kritik von Jesch AöR Band 84, 74 ff. und Obermayer DVBl 1959, 354 ff.

Im Rahmen dieser Arbeit soll die Frage der grundsätzlichen Berechtigung zu instruktionellen Zuständigkeitsverschiebungen bzw. deren Voraussetzungen [1] ausgespart werden und nur von der Tatsache ausgegangen werden, daß in der Praxis eben so verfahren wird.

I) Delegation:

Hauptsächlich, und dieser Fall interessiert im Zusammenhang mit dem Selbsteintritt am meisten, findet die instruktionelle Zuständigkeitsveränderung im Wege der echten, auch befreienden oder überwälzenden genannt, Delegation [2] statt. Die übergeordnete Behörde gibt einen Teil ihrer Kompetenz an die nachgeordnete ab, d.h. diese gewinnt eine neue Zuständigkeit, während bei jener ein entsprechender Verlust entsteht. Schneider hat gewisse Bedenken geltend gemacht [3], ob man das für die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung gewonnene Ergebnis hierher übertragen könne und gemeint, man müsse vielleicht danach differenzieren, welcher Rechtsnatur der Delegationsakt sei. Dies erscheint nicht nötig. Spielt man nämlich die beim Selbsteintritt im Normalfall aufgezeigten Argumente durch, so zeigt sich, daß auch hier das Verbot des Selbsteintritts gelten muß. Zum Weisungsrecht der übergeordneten Behörde erübrigt sich jedes Wort, da es bei einer instruktionell zustande gekommenen Kompetenz der untergeordneten Behörde im gleichen Umfang und also auch mit den gleichen Folgerungen für die Frage des Selbsteintritts besteht. Mehr Gewicht zugunsten eines Selbsteintrittsrechts dürfte allein das Argument der Organisationsgewalt haben, wobei jedoch darauf hinzuweisen ist, daß vielfach für eine Delegation eine gesetzliche Ermächtigung gefordert wird, das Recht zur instruktionellen Zuständigkeitsänderung also nicht nur durch die Organisationsgewalt bestimmt wird [4]. Spezielle gewohnheitsrechtliche Sätze des Verwaltungsverfahrensrechts sind nicht erkennbar.

Ganz entscheidend sprechen andererseits die oben für die Aufstellung und Einhaltung der Zuständigkeitsordnung aufgezeigten Gründe auch hier gegen ein Selbsteintrittsrecht. Ihr Sinn und Zweck führt nämlich dazu, daß auch die instruktio-

---

1) Vgl. statt vieler Obermayer JZ 1956, 625 ff.; Mangels JZ 1957, 161 ff.; Rasch DÖV 1957, 337 f.; sowie BVerwG DVBl 1962, 371 ff. und die Anmerkungen hierzu von Heinze DVBl 1962, 373 ff., Spanner DÖV 1962, 342 f. und Jesch JZ 1963, 366 f.

2) Vgl. zum Begriff vor allem Triepel S. 23.

3) a.a.O., obwohl er in der Folge dann doch eine generelle Lösungsmöglichkeit anbietet (S. 706), s.u.

4) Vgl. vor allem Obermayer JZ 1956, 625 ff. (626).

nellen Zuständigkeitsverteilungen als generell und ausschließlich anzusehen sind. Der mit der Aufteilung der Verwaltungsaufgaben auf verschiedene Behörden verfolgte Zweck der Arbeitsteilung würde durch einen Selbsteintritt der übergeordneten Behörde, nachdem sie diesen Teil ihrer Kompetenz womöglich gerade aus Gründen der Arbeitserleichterung abgegeben hat, wieder in Frage gestellt. Die Wirtschaftlichkeit der Verwaltung wäre also gefährdet und, negativ gewendet, Doppelarbeit wahrscheinlich. Letztlich bestünde im Extremfall wieder die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen in ein und derselben Sache, denn die der untergeordneten Behörde übertragene Kompetenz würde sie auch bei nur instruktioneller Übertragung dazu berechtigen, weiterhin in der Sache tätig zu werden. Auch die sowieso schon beeinträchtigte Überschaubarkeit der Zuständigkeitsverteilung - der Bürger wird sich oft schwer tun, aus Verwaltungsanordnungen u.ä. die zuständige Behörde herauszufinden, obwohl mit Recht verlangt wird, daß zuständigkeitsändernde Anordnungen mindestens veröffentlicht werden müssen [1] - würde leiden. Schließlich, und dies dürfte ausschlaggebend sein, spricht der Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Verwaltung gegen ein Selbsteintrittsrecht [2]. Es besteht insoweit sicher kein Unterschied zwischen gesetzlicher und instruktioneller Zuständigkeitsverteilung. Die übergeordnete Behörde setzt sich in beiden Fällen dem Verdacht der Willkür aus, und für den Bürger ist die Vorhersehbarkeit der Entscheidungen nicht mehr gewährleistet. Im übrigen ist noch zu beachten, daß wohl auch die übergeordnete Behörde, wie der Gesetzgeber, ihre Zuständigkeit manchmal nicht nur aus arbeitstechnischen, sondern aus sachlichen Erwägungen heraus delegieren wird, daß also u.U. die sachliche Richtigkeit durch die Einschaltung gerade der ortsnäheren untergeordneten Behörde gefördert werden soll.

Als Fazit kann daher festgehalten werden, daß, wenn den übergeordneten Behörden schon unter gewissen Bedingungen das Recht zugebilligt wird, einen Teil ihrer Kompetenz abzugeben, sie an ihre eigene Entscheidung gebunden sind. Da die Delegation Außenwirkungen sowohl für den Verwaltungsablauf als auch für den einzelnen Bürger hat, der durch sie an die nunmehr zuständige Behörde verwiesen wird, oder wie das Reichsgericht gesagt hat [3], auch wenn sie nicht mittels einer Rechtsverordnung, sondern durch eine bloße Verwaltungsverordnung vorgenommen wird, "gleichwohl Quelle sachlichen Rechts ist", kann sie nicht im Einzelfall, und darauf kommt es entscheidend an, und nicht nach Gutdünken von der dele-

---

1) Vgl. z.B. HessVGH DVBl 1953, 47 ff. (47); HessVGH ESVGH 4, 87 ff. (89); Redeker-von Oertzen § 68 Rdz. 11.

2) So Schneider DVBl 1950, 702 ff. (706); Wilhelm BayVbl 1964, 277 ff. (278).

3) Urteil vom 14.3.1939 = RGZ 162, 129 ff. (137).

gierenden übergeordneten Behörde mittels Selbsteintritt rückgängig gemacht werden [1].

Endlich sollte der Gesichtspunkt der Selbstverantwortlichkeit der Behörden nicht außer Acht gelassen werden. Auch die "nur" durch Delegation zuständig gewordene Behörde soll ihre neuen Aufgaben im Interesse der sachgerechten Erfüllung mit Elan und dem Gefühl der Eigenverantwortlichkeit betreiben können. Für die Frage der Verschiebung des Widerspruchsverfahrens durch den Selbsteintritt gilt gleichfalls das oben Gesagte. Die Ausgangsbehörde, nach deren Instanzstufe sich gem. § 73 VwGO wiederum die Widerspruchsbehörde bestimmen läßt, muß nach der instruktionellen Zuständigkeitsverteilung festgestellt werden, also führt der Selbsteintritt auch insoweit zu einer Verschiebung des Widerspruchsverfahrens.

Zusammenfassend muß somit genauso wie bei der gesetzlichen Zuständigkeitsverteilung auch bei einer lediglich instruktionellen der Selbsteintritt als rechtswidrig angesehen werden. Es bleibt noch festzustellen, daß dadurch die delegierende Behörde natürlich nicht gehindert ist, ihre Delegation generell zu widerrufen [2]. Tut sie dies allerdings wegen eines einzelnen Falles, so dürfte darin eine unzulässige Umgehung des Selbsteintrittsverbots zu sehen sein.

II) Andere Arten der instruktionellen Zuständigkeitsveränderungen:

1) Die untergeordnete Behörde kann nicht nur durch eine echte, devolvierende Delegation in den Stand gesetzt werden, eine Entscheidung - ohne formell gesetzliche Kompetenzzuweisung - fällen zu dürfen, sondern auch durch eine sog. konservierende Delegation [3]. Diese stellt zwar auch eine Kompetenzübertragung dar, jedoch mit dem Vorbehalt der delegierenden Behörde, sie auch selbst weiterhin auszuüben. Die Frage nach der Berechtigung des Selbsteintritts taucht also gar nicht auf, da bei der konservierenden Delegation eine Doppelzuständigkeit von untergeordneter und übergeordneter delegierender Behörde besteht.

---

1) Vgl. auch Triepel, S. 27: "... besitzt der Delegatar auch gegenüber dem Deleganten, ..., ein Recht auf seine Zuständigkeit, so lange die Delegation in Wirksamkeit bleibt ...".

2) Vgl. Triepel, ebenda.

3) Vgl. hierzu vor allem Obermayer JZ 1956, 625 ff. (628) und Triepel S. 53 ff. Beispiel: "Anordnung des Bundespräsidenten über die Ernennung und Entlassung der Bundesbeamten und Bundesrichter" vom 17. Mai 1950 (BGBl I, S. 209), entsprechend für Soldaten BGBl I, 1956, 422.

2) Auch beim Mandat bzw. der zwischenbehördlichen Stellvertretung ist die Rechtslage nicht wesentlich anders. Auf die Frage nach ihrer Rechtmäßigkeit [1], die wohl noch umstrittener als bei der Delegation ist, ihre Voraussetzungen und ihre Unterschiede, falls solche überhaupt bestehen [2], braucht nicht eingegangen zu werden. Entscheidend ist, daß in beiden Fällen keine Änderung der allgemeinen Zuständigkeitsordnung eintritt, sondern die untergeordnete Behörde lediglich befugt ist, im Namen der übergeordneten, nicht aber im eigenen, zu handeln. Damit werden die gegen das normale Selbsteintrittsrecht sprechenden Gründe gegenstandslos. Da die getroffene Entscheidung der untergeordneten Behörde in Vertretung der übergeordneten erfolgt, richtet sich das Widerspruchsverfahren nur nach dieser, d.h. sie gilt weiterhin als Ausgangsbehörde. Weil keine neue, eigene Kompetenz der untergeordneten Behörde durch Mandat oder Stellvertretung entsteht, sprechen auch die für die Einhaltung und Ausschließlichkeit der Zuständigkeitsordnung aufgeführten Argumente nicht gegen einen Selbsteintritt, wobei dahinstehen mag, inwieweit eine nicht überwälzende Zuständigkeitsänderung sinnvoll und rechtmäßig ist, da sie zu Doppelzuständigkeiten führt, die zumindest unerwünscht sind. Da die untergeordnete, mandatierte Behörde nur stellvertretend handelt und somit nicht die Verantwortung für ihre Entscheidung trägt, ergibt sich insoweit ebenfalls ein erheblicher Unterschied zur gesetzlichen und devolvierenden instruktionellen Zuständigkeitsverteilung. Insgesamt erscheint daher der Schluß angebracht, daß eine übergeordnete Behörde, wenn sie schon andere Behörden für sich handeln lassen darf, auch berechtigt sein muß, im Einzelfall selbst einzugreifen [3], was praktisch einem Widerruf des Mandats bzw. der Stellvertretungsvollmacht gleichkommt, wogegen sich keine besonderen Einwände erheben lassen.

C) SELBSTEINTRITT IM VERWALTUNGSPROZESS

I) Behörden können am Verwaltungsprozeß, soweit es hier interessiert, in zwei Funktionen tätig sein. Zum einen als Beklagte, wenn sie hierzu entsprechend der Ermächtigung in § 78 Abs. 1 Ziff. 2 VwGO durch landesrechtliche Vorschriften bestimmt sind. Von dieser Möglichkeit haben Niedersachsen,

---

1) Vgl. hierzu Mangels JZ 1957, 161 f.; Obermayer a.a.O.; Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 177 f.; Ringe DVBl 1957, 676 f. (677); Triepel S. 26 f. und 133 ff.

2) Keinen Unterschied machen z.B. Rasch DÖV 1957, 337 ff. (339); Peters S. 53; HessVGH DVBl 1953, 47.

3) Vgl. Triepel S. 27: "... während (scil. im Gegensatz zur Delegation) der Mandatur aus der Vollmacht kein Recht zum Handeln gegenüber dem Vollmachtgeber hat".

Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein Gebrauch gemacht [1]). Insoweit ergeben sich keine Besonderheiten, die das Verbot des Selbsteintritts beeinträchtigen könnten. Der Selbsteintritt würde in diesen Ländern zu einem Wechsel in der Person des Beklagten führen, was sicherlich schon deswegen unzulässig wäre.

II) Zum anderen können Behörden in der Weise am Verwaltungsprozeß beteiligt sein, daß sie als Vertreter einer juristischen Person des öffentlichen Rechts auftreten. Hier lautet die Frage, ob die übergeordnete Behörde die der untergeordneten Behörde zustehende Prozeßvertretungsbefugnis an sich ziehen kann. Zunächst ist zu klären, wann eine Behörde überhaupt in dieser Funktion im Prozeß auftreten kann. § 46 VGG und § 50 MRVO Nr. 165 bestimmten noch ausdrücklich, daß die Prozeßvertretung der Behörde obliege, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Die VwGO sagt darüber nichts mehr; sie bestimmt in § 78 nur, wer Beklagter ist, nämlich der Bund, die Länder oder die Körperschaft [2]), deren Behörde gehandelt hat. Da also im Bereich der Selbstverwaltung, aber auch der Auftragsverwaltung - denn insoweit macht die VwGO keinen Unterschied [3]) - der Selbstverwaltungsträger Beklagter ist, dürfte ein Eingriff in die Prozeßvertretung durch eine staatliche Aufsichtsbehörde schon deshalb ausgeschlossen sein, weil sie einer anderen juristischen Person angehört als die beklagte Partei.

Für den Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung sind vorweg die Länder Bayern und Baden-Württemberg aus der Betrachtung auszuscheiden. Dort obliegt die Prozeßvertretung des Landes zu einem großen Teil der Landes- bzw. einer speziellen Staatsanwaltschaft [4]), so daß gar keine Behörden auftreten. Im übrigen ist angesichts des Schweigens der VwGO auf die Regelung der allgemeinen Vertretung von Bund und Ländern zurückzugreifen, die auch für die Prozeßvertretung zu gelten hat [5]). Dementsprechend sind in erster Linie die Minister-

---

1) § 5 Abs. 2 AGVwGO NW., § 7 Abs. 2 AGVwGO Ns., § 6 Satz 2 SH. (sämtlich abgedruckt bei Redeker-von Oertzen in Anhang II, Nrn. 10, 11 u. 14).

2) Wobei "Körperschaft" auch Anstalt und Stiftung des öffentlichen Rechts bedeutet, vgl. Redeker-von Oertzen § 78, Rdz. 1.

3) Vgl. Wolff, Band III, S. 409 und Redeker-von Oertzen a. a. O.

4) § 2 der baden-württembergischen "Verordnung der Landesregierung über die Landesanwaltschaften bei den Gerichten der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit" vom 22.3.1960 (GBl. S. 99) und § 5 der bayrischen "Verordnung über den Vertreter des öffentlichen Interesses bei den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit" vom 23.3.1960 (GVBl. S. 31).

5) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 78 Rdz. 10; Reuß NJW 1960, 1831 (Urteilsanmerkung) mit Beispiel für Hessen.

präsidenten bzw. Minister für ihr jeweiliges Ressort vertretungsberechtigt. In aller Regel ist deren Vertretungsbefugnis jedoch auf nachgeordnete Behörden delegiert und von diesen zum Teil weiter nach unten im Wege der Subdelegation [1]. Da dies mittels Organisationsverordnungen geschieht, ist das Problem des Selbsteintritts im Prozeß zum Teil identisch mit dem bei der instruktionellen Zuständigkeitsverteilung.

Es fragt sich aber außerdem, ob ein entscheidender Unterschied zwischen dem Auftreten einer Behörde im Prozeß und im normalen Verwaltungsverfahren besteht. Man könnte vielleicht annehmen, dem klagenden Bürger könne es gleichgültig sein, welche Behörde im Prozeß auf der Gegenseite steht, da sein Rechtsschutz ja jetzt durch das Gericht wahrgenommen wird, m. a. W. Recht durch das Gericht gesprochen wird und nicht wie beim Erlaß von Verwaltungsakten, unmittelbare Rechtswirkungen von der Entscheidung der Behörde ausgehen. Dieser Schluß ist deshalb nicht richtig, weil auch im Verwaltungsprozeß neben dem Amtsermittlungsgrundsatz die Dispositionsmaxime gilt [2]. Die prozeßführende Behörde kann, um nur eine der für den Bürger besonders wichtigen Folgen aufzuzeigen, sich mit ihm vergleichen. Es wird dem Kläger also u. U. sehr wohl darauf ankommen, welche Behörde die beklagte Rechtspersönlichkeit vertritt. Deshalb gilt der Grundsatz der strengen Einhaltung der Zuständigkeitsordnung auch im Prozeß nicht zuletzt im Interesse des Bürgers wie sonst. Der Selbsteintritt ist also, da im übrigen keine neuen Gesichtspunkte hinzutreten, auch im Prozeß aus den bekannten Gründen abzulehnen [3].

D) SELBSTEINTRITT BEI FISKALISCHEM HANDELN VON BEHÖRDEN

I) Im Außenverhältnis:

Da Behörden nicht rechtsfähig sind, können sie für sich selbst keine privatrechtlichen Pflichten und Rechte begründen, sondern nur als Vertreter einer juristischen Person des öffentlichen Rechts für diese. Es fragt sich nun, ob eine übergeordnete Behörde etwa kraft ihrer Aufsichtsgewalt an Stelle einer untergeordneten Behörde rechtsgeschäftlich nach außen tätig werden kann, wenn letztere für alle

---

1) Vgl. die Beispiele bei Redeker-von Oertzen, § 78 Rdz. 4.

2) Vgl. Redeker-von Oertzen § 86 Rdz. 4 f.; Ule, Verwaltungsprozessrecht, S. 91 f.

3) So HessVGH NJW 1960, 1317; HessVGH: Urteil vom 23.4.1954 -OS II 31/52-, Beschluß vom 26.1.1957-B I 59/56-, Urteil vom 12.2.1960 -OS Ia 56a/59- (alle nicht veröffentlicht); Eyermann-Fröhler, VwGO, § 78 Rdz. 10; Redeker-von Oertzen, § 78 Rdz. 8; mißverständlich Reuß NJW 1960, 1831.

Fälle dieser Art zur Vertretung des Rechtsträgers legitimiert ist.

Eingriffe der staatlichen Aufsichtsbehörden gegenüber Selbstverwaltungsträgern sind sofort als unzulässig zu qualifizieren, da die Aufsicht, von generellen Finanz- und Haushaltskontrollen abgesehen [1], sich nur auf die hoheitliche Tätigkeit der Selbstverwaltungsträger bezieht, also im fiskalischen Bereich gar kein Über- und Unterordnungsverhältnis besteht. Es wäre auch unerträglich, wenn eine staatliche Aufsichtsbehörde einer Rechtspersönlichkeit, der sie organisatorisch gar nicht angehört, mittels Selbsteintritt privatrechtliche Bindungen auferlegen könnte [2]. "Selbsteintritte" sind in diesem Verhältnis nur im Wege der Schuldübernahme denkbar [3].

Anders ist die Lage innerhalb der rein staatlichen Behördenorganisation. Da die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht von Gesetzes wegen nur den obersten Spitzen der Exekutive zusteht, wird sie von untergeordneten Behörden nur mittels organisationsinterner Übertragung erlangt. Insoweit kann an das oben zur Prozeßvertretung Gesagte angeknüpft werden. Problematisch ist jedoch, ob auch bei "nur" fiskalischem Handeln die einmal erteilten Vollmachten, insbesondere was das Interesse des einzelnen Bürgers anbelangt, respektiert werden müssen, oder ob die übergeordnete Behörde sie in diesem Bereich leichter im Einzelfall an sich ziehen kann. Die Antwort liegt auf der Hand. Der private Rechtsverkehr verlangt grundsätzlich nach Klarheit bezüglich der Vertretungsverhältnisse juristischer Personen. Für den Bürger ist es gleich wichtig zu wissen - ob er nun auf hoheitlichem oder fiskalischem Gebiet mit der Verwaltung zu tun hat -, wer sein "Gesprächspartner" ist. Tritt ihm die untergeordnete Behörde als berechtigter Vertreter des Staates gegenüber, so will und muß er sich auf deren rechtsgeschäftliche Erklärungen verlassen können in dem Sinne, daß sie unumstößlich und verbindlich sind. Ein Selbsteintrittsrecht im Einzelfall würde praktisch zu einer nebeneinander bestehenden Vertretungsmacht zweier Behörden und damit gerade auch für den Privatrechtsverkehr zu erheblichen Komplikationen und Unsicherheiten führen. Daher ist der Selbsteintritt auch im fiskalischen Bereich abzulehnen mit der Folge, daß die selbsteintretende Behörde bzw. der für sie handelnde Beamte als vollmachtloser Vertreter i.S.d. § 179 BGB anzusehen ist [4].

---

1) Vgl. z.B. § 101 Abs. 1 GemO Baden-Württemberg.

2) Etwas anderes gilt wohl dann, wenn die Rechtsaufsichtsbehörde von der ultima ratio ihrer Aufsichtsmittel Gebrauch gemacht und einen Beauftragten (Kommissar) bestellt hat.

3) Vgl. Wolff, Band II, S. 101.

4) Vgl. insgesamt zu den privatrechtlichen Rechtsfolgen des Handelns eines unzuständigen Beamten RGZ 162, 129 ff.

II) Im Haushaltsrecht:

Ein ähnlicher Problemkreis eröffnet sich bei der behördeninternen Verwaltung der Haushaltsmittel. Auf zwei simple Beispiele reduziert lautet die Frage nach der Berechtigung des "Selbsteintritts" hier: Darf eine übergeordnete Behörde für eine ihr unterstellte Behörde einen Schreibtisch kaufen oder etwa Bauarbeiten ausführen lassen, wofür dann die der untergeordneten Behörde haushaltsrechtlich zugewiesenen Mittel herangezogen werden?

In den Haushaltsplänen der Länder und des Bundes sind regelmäßig die Kassenmittel nur den einzelnen Fachministerien zugeteilt; eine Aufgliederung nach unten in allen Einzelheiten gibt es nicht. Die Verteilung im einzelnen auf die den Ministerien unterstellten Behörden erfolgt durch interne Anordnungen, meist von Instanzstufe zu Instanzstufe bis nach unten. Da also die Mittel der nachgeordneten Behörden diesen erst durch die übergeordneten zugeteilt werden, könnte man daran denken, daß sie auch das Recht hätten, im Einzelfall über die Verwendung der Mittel selbst zu bestimmen.

Die Antwort auf diese Frage findet sich expressis verbis in den "Wirtschaftsbestimmungen für die Reichsbehörden" vom 11. Februar 1929 [1]. Dieser Ministerialerlaß gilt sowohl im Bund als auch in den Ländern, da er im Zusammenhang mit der Reichshaushaltsordnung mit geringfügigen Ausnahmen übernommen wurde [2]. Es heißt dort in § 27 Abs. 1 Satz 2: "Soweit Haushaltsmittel auf nachgeordnete Behörden verteilt sind, ist diesen damit die Anordnungsbefugnis übertragen; über diese Haushaltsmittel kann die übergeordnete Behörde, die sie verteilt hat, keine Anordnungen treffen" [3]. Unter Anordnungen sind dabei die Anweisungen einer Behörde an die die Mittel verwaltende Kasse zu verstehen, einen Betrag anzunehmen oder eine Zahlung zu leisten. Damit ist also klargestellt, daß es auch im Haushaltsrecht kein "Selbsteintrittsrecht" gibt, wobei noch zu erwähnen ist, daß die übergeordnete Behörde, die die Mittel zuteilt, ihre Zuteilung u.U. allerdings rückgängig machen kann. Solange aber ein Haushaltstitel, im Bereich der nachgeordneten Behörden Kassenanschlag genannt, zugunsten der untergeordneten Behörde besteht, kann sie darüber selbständig und unbeeinflußt verfügen. Teilweise hat sie dabei gewisse generelle Beschränkungen zu beachten wie etwa die Vorlagepflicht der Anordnungsverfügung nach oben bei Überschreiten gewisser Höchstbeträge.

---

1) Reichsministerialblatt (Zentralblatt für das Deutsche Reich) 1929, S. 49.

2) Vgl. Vialon, S. 1117.

3) Vgl. hierzu Helmert, S. 173; Reichard, Anm. 2 zu § 27 RWB; Vialon, S. 793; Wawerla-Ambrosius, S. 194.

Wie weit ansonsten die Selbständigkeit der untergeordneten Behörde bei der Verwaltung ihrer Haushaltsmittel gewahrt wird, war aus Gesprächen mit Beamten unterer Dienststellen zu erfahren. Ab und zu tritt der Fall ein, daß eine Zentralbehörde aus Anlaß einer Sammelbestellung vom Wunsch einer untergeordneten Behörde bezüglich eines bestimmten Sachgegenstandes erfährt. Es kommt dann vor, daß die übergeordnete Behörde darum bittet, die Bestellung zurückzunehmen, weil sie nämlich einen entsprechenden Gegenstand bereits selbst angekauft habe und ihn abgeben wolle. Ist die untergeordnete Behörde damit einverstanden, erhält sie aus dem Fundus der übergeordneten Behörde das Gewünschte und, das ist das Bemerkenswerte dabei, der Wert wird nicht ihr in Rechnung gestellt, sondern über den Haushalt der übergeordneten Behörde abgebucht.

E) ÄHNLICHES BEI RECHTSETZUNG DURCH DIE VERWALTUNG

I) Teilweise steht auch der Verwaltung die Befugnis zu, Recht zu setzen, und zwar im Wege der Verordnung [1]. Diese Befugnis kann bis zu den unteren Behörden hinabreichen, wenn man beispielsweise an das Recht der Polizeibehörden denkt, Polizeiverordnungen zu erlassen [2]. Hier interessiert nur ein Aspekt aus diesem Gebiet. Da generelle abstrakte Regelungen im Grundsatz von weitreichenderer Bedeutung sind als Einzelanordnungen, müssen erstere sehr sorgfältig und nach besonders strengen Maßstäben bearbeitet werden. Dazu wird den niedereren Behörden manchmal die nötige Rechtskenntnis und angesichts der Seltenheit in ihrem Bereich auch die Erfahrung fehlen [3]. Daher spricht eine sachliche Notwendigkeit dafür, daß die übergeordneten Behörden mehr Eingriffsrechte als sonst haben müssen. Entscheidend für die Frage der Berechtigung des "Selbsteintritts" ist, daß die Verwaltung zur Rechtsetzung jeweils einer formell gesetzlichen Ermächtigung bedarf [4], die in erster Linie zwar Inhalt und Form des zu erlassenden Rechtssatzes bestimmt, darüber hinaus aber auch das Verfahren der beteiligten Behörden. In aller Regel wird damit die Frage des Selbsteintritts gegenstandslos, da insoweit die ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen gelten, die meist recht erhebliche Eingriffsrechte der Aufsichtsbehörden zulassen [5]. Andererseits wird man aber auch von der Ausschließlichkeit der Ermächtigungen auszugehen haben, d.h. daß es daneben keine weiteren, etwa gewohn-

---

1) Vgl. zum Unterschied zwischen Verwaltungs- und Rechtsverordnungen Maunz-Dürig-Herzog, Art. 80 Rdnr. 1.
2) Vgl. hierzu insgesamt Wolff, Band III, S. 66 ff.
3) Vgl. Wolff, Band III, S. 67.
4) Vgl. statt vieler Forsthoff, S. 129.
5) Vgl. z.B. § 38 PrPolVerwG; § 16 PolG Baden-Württemberg.

heitsrechtlichen, Eingriffsrechte gibt, gegen die im übrigen wohl auch ein Teil der bekannten Gründe sprechen würde [1].

Auch für die Frage, inwieweit die staatlichen Aufsichtsbehörden gegenüber Satzungen von Selbstverwaltungsträgern eingreifen können, ist auf die jeweiligen gesetzlichen Regelungen zu verweisen. Allgemein kann soviel festgestellt werden, daß die Aufsichtsbehörden meist nur relativ geringe Kontrollrechte haben [2], da Satzungen nicht auf Grund einer vom Staat abgeleiteten Rechtsetzungsgewalt, sondern kraft der Autonomie der Selbstverwaltungsträger erlassen werden.

II) Ein ähnliches Problem stellt sich auf höchster Ebene, nämlich, ob eine Rechtsverordnung, zu deren Erlaß ein Minister ermächtigt ist, von der Regierung an seiner Stelle erlassen werden kann. Eine Parallele zum Selbsteintritt findet sich darin, daß der Einzelminister ein Teil des zumindest politisch gewichtigeren Kabinettskollegiums ist. V. Brünneck [3] hat für das Bundesrecht dargelegt, daß schon deswegen kein "Selbsteintrittsrecht" in Frage kommt, weil die Minister auch nach dem Grundgesetz dem Parlament einzeln verantwortlich sind, keine Über- und Unterordnung im Sinne der Behördenhierarchie zwischen Minister und Kollegium besteht, die Rechtsverordnungen beider Organe - von der vielleicht unterschiedlichen politischen Gewichtigkeit abgesehen - formell den gleichen Rang haben und weil schließlich die ausdrückliche Ermächtigung durch das Parlament nach Art. 80 GG zu respektieren ist [4]. Dem ist nichts hinzuzufügen. Mutatis mutandis können diese Überlegungen auch für das Landesrecht übernommen werden [5].

---

1) Z.B. die Selbstverantwortlichkeit und formelle Gleichrangigkeit der Behörden.

2) Nach § 4 Abs. 3 Satz 3 GemO Baden-Württemberg sind z.B. Satzungen der Rechtsaufsichtsbehörde lediglich "anzuzeigen".

3) DÖV 1951, 257 ff.

4) N.B.: Der parlamentarische Gesetzgeber kann ohne weiteres in die einmal erlassene Verordnung "eingreifen"; vgl. hierzu Krüger DVBl 1967, 929 ff. (931).

5) Vgl. Württ.-Bad. VGH ESVGH 2, 5 ff.

F) ÄUSSERUNGEN ÜBERGEORDNETER BEHÖRDEN IN ANGELEGENHEITEN DER UNTERGEORDNETEN

Ziehen formlose, meist auch mündliche Äußerungen der Aufsichtsbehörden keine rechtlichen Folgen nach sich [1], wie etwa ganz allgemeine Rechtsauskünfte, so ist ihre Zulässigkeit keine Rechts-, sondern eine Stil- und Taktfrage. Die übergeordneten Behörden haben dann abzuwägen zwischen der ihnen - gleich wie allen anderen Behörden - obliegenden Pflicht, dem Bürger mit Rat und Tat zu helfen [2], ohne ihm allerdings unberechtigte Hoffnungen zu machen, und dem Interesse der zuständigen untergeordneten Behörde, ihre Entscheidung in jeder Weise frei von Druck, sei es auch nur moralischer Art, fällen zu können.

Grundsätzlich anders ist die Situation, wenn etwa Zusagen oder ganz konkrete Auskünfte erteilt werden. Mag man solche Meinungsäußerungen schon als Verwaltungsakte ansehen oder nicht [3], entscheidend ist, daß sie u. U. recht erhebliche Rechtswirkungen erzeugen, sei es, daß sie einen Anspruch auf Erlaß der erst in Aussicht gestellten Entscheidung gewähren können, sei es, daß sie irgendwelche Ersatzansprüche bei Nichteinhaltung nach sich ziehen. Solche Erklärungen übergeordneter Behörden in Bezug auf Fälle, die schließlich von der untergeordneten Instanz zu entscheiden sind, stellen sich wie der normale Selbsteintritt als unerlaubte Übergriffe dar [4], die sowohl im Interesse der Verwaltung, auch im rechtlichen Vorfeld der endgültigen Entscheidung klare Kompetenzabgrenzungen zu haben, als auch im Interesse des Bürgers [5], eine Vorentscheidung zu erhalten, die ohne Schwierigkeiten und Umwege von der erklärenden Behörde selbst durchgesetzt werden kann, abzulehnen sind. Zusagen zu erteilen und ihre Erfüllung dann sofort mittels einer entsprechenden präventiven Weisung an die nachgeordnete Behörde sicherzustellen, dürfte wohl ohne weiteres als unzulässige Umgehung der Zuständigkeitsordnung [6] und damit des Selbsteintrittsverbots anzusehen sein.

---

1) Sog. "schlichte Verwaltungsäußerungen"; vgl. Haueisen NJW 1961, 1901 ff. (1901) mit weiteren Nachweisen.

2) Lakonische Verweisungen auf den "Dienstweg" sind recht unbefriedigend für den Bürger.

3) Vgl. zu dieser Streitfrage z. B. Obermayer NJW 1962, 1465 ff.; Mayer JZ 1964, 677 ff.; BVerwGE 26, 31 ff. und im folgenden.

4) Vgl. OVG Münster DÖV 1963, 841 f.; Kimminich Jus 1963, 268 ff. (271).

5) Daß Zusagen nur begünstigen, spielt wegen des Grundsatzes der Gleichmäßigkeit der Verwaltung insoweit keine Rolle, vgl. oben S. 43, sondern nur bezüglich der Rechtsfolgen der unrechtmäßigen Zusage (Vertrauensschutz, Treu und Glauben).

6) Vgl. allgemein zur Umgehung der formellen Voraussetzungen: Pieper VerwArch Band 59 (1968), 217 ff. (249).

KAPITEL V
AUSNAHMESITUATIONEN IM EINZELFALL

Die seitherigen Betrachtungen basierten darauf, daß der Ablauf des Verwaltungsgeschehens generell gleichmäßig vonstatten geht. Nun sieht sich die Verwaltung aber hin und wieder im Einzelfall mit Ausnahmezuständen und Krisensituationen konfrontiert, die nicht ohne Einfluß auf die Art und Weise der Behandlung des konkreten Falles bleiben können. Es erhebt sich die Frage, inwieweit bei solchen atypischen Einzelfällen auch das Verbot des Selbsteintritts betroffen ist, d.h. ob es uneingeschränkt weitergilt, oder ob es Durchbrechungen des Grundsatzes geben kann und muß.

A) GEFAHR IM VERZUG:

Dieser potentielle Ausnahmefall vom grundsätzlichen Verbot des Selbsteintritts findet am häufigsten Erwähnung sowohl im gesetzten Recht [1] als auch in Rechtsprechung [2] und Literatur [3].

I) Abgrenzung:

Vorab ist zu klären, wann eine Situation vorliegt, bei der Gefahr im Verzuge besteht. Nach Wolff [4], dessen Definition klar und einleuchtend erscheint, ist dies dann der Fall, "wenn zur Verhinderung eines erheblichen Schadens sofort eingegriffen werden muß, weil ein Abwarten bis zum Eingreifen der an sich zuständigen Behörde die notwendigen Maßnahmen erschweren oder vereiteln würde". Zwei Komponenten des Begriffs sind festzuhalten: Drohender Schaden und Unmöglichkeit der Abhilfe durch die an sich zuständige Behörde [5].

---

1) Insbesondere im Polizeirecht, vgl. z.B. § 53 Abs. 1 PolG Baden-Württemberg, aber auch in anderen Bereichen, vgl. z.B. § 96 Abs. 1 Satz 3 WasserG Baden-Württemberg vom 25.2.1960 (GBl. S. 17) und § 14 Abs. 1 Satz 2 des baden-württembergischen Gesetzes zur Änderung des Reichsnaturschutzgesetzes vom 8.6.1959 (GBl. S. 53).

2) Vgl. aus der ständigen Rechtsprechung des PrOVG statt vieler E 23, 309 ff.; OVG Lüneburg ZMR 1957, 71; OVG Rheinland-Pfalz DÖV 1959, 795.

3) Vgl. u.a. von Brauchitsch, 1. Band, S. 217, und 7. Band, S. 58; Peters S. 61; Reiff S. 182; Thoma S. 177.

4) Band III, S. 47.

5) Vgl. auch Drews-Wacke, S. 499; von der Groeben-Knack, § 166, Rdz. 6.

Paradebeispiele hierfür sind Katastrophenfälle, bei denen einerseits Sofortmaßnahmen wie Evakuierungen, Straßensperren, Beschlagnahmungen o.ä. erforderlich sind, andererseits aber die zuständige Behörde weder unmittelbar in den betroffenen Teil ihres Dienstbezirks gelangen noch Nachrichtenverbindungen dorthin aufrechterhalten kann [1]. Da den Polizeibehörden die Bewältigung solcher Notstände obliegt, wurde die Frage des Selbsteintrittsrechts bei Gefahr im Verzuge auch im Polizeirecht zuerst angeschnitten. In fast allen Polizeigesetzen ist inzwischen ein ausdrückliches Eingriffsrecht der übergeordneten Behörden statuiert [2]. Für diesen Bereich ist das Problem also gegenstandslos geworden. Es fragt sich aber, ob es einen entsprechenden Grundsatz für alle Verwaltungsbehörden und alle Verwaltungsbereiche gibt [3]. Wenngleich naturgemäß in solch extremen Situationen am ehesten Gefahr im Verzuge gegeben ist, so darf dennoch nicht übersehen werden, daß dies auch bei geringeren Anlässen und auf anderen Gebieten nach der vorangestellten Definition möglich ist. Der Schaden [4] kann sowohl einem einzelnen Bürger oder einer Personengruppe als auch der Allgemeinheit schlechthin bzw. dem Fiskus drohen. Beispiel für den letzteren Fall mag etwa das Einleiten gesundheitsschädlicher Stoffe in ein öffentliches Gewässer oder das Ablagern größerer Mengen von Müll in der freien Landschaft sein [5]. Am leichtesten voraussehbar werden in der Regel materielle, und hier insbesondere Vermögensschäden, sein, die sogar auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung denkbar sind [6], während die drohende Verletzung sonstiger Rechtsguter im Einzelfall nicht ohne weiteres und zweifelsfrei auszumachen sein wird [7].

---

1) Beispiel aus Reiff, S. 182; vgl. auch Floegel-Hartung, 17. Auflage, § 47 StVO, Rdz. 6 (sofortige Feststellung eines Verkehrssünders).

2) Vgl. die Zusammenstellung bei Wolff, Band III, S. 41.

3) Wie er neuerdings in § 16 Abs. 3 LandesverwG Schleswig-Holstein festgelegt ist.

4) Vgl. insgesamt zum Begriff des Schadens: Palandt, Vorbem. 1) vor § 249.

5) In Anknüpfung an die oben S. 80, Anm. 1 aufgeführten gesetzlichen Fälle.

6) Etwa im Subventions- und Sozialrecht bei dringend benötigten Zahlungen.

7) Vgl. zu den Abgrenzungsschwierigkeiten beim polizeilichen Gefahrbegriff: Wolff, Band III, S. 45.

III. Vergleich zur Interessenlage beim Normalfall:

1) Die für die Rechtfertigung des normalen Selbsteintritts zu Unrecht herangezogene Begründung aus den aufsichtlichen Belangen und ihrer Ausrichtung im Weisungsrecht der übergeordneten Behörden muß jetzt anders beurteilt werden. Da die zur Schadensverhütung notwendigen Maßnahmen unaufschiebbar sind, kann von der übergeordneten Behörde, die ihrerseits zum sofortigen Eingreifen in der Lage ist, nicht mehr verlangt werden, daß sie mit Weisungen arbeitet, da dies zumindest einen zeitraubenden Umweg bedeuten würde, der den Schadenseintritt noch wahrscheinlicher macht, als es sowieso schon der Fall ist [1]. Völlig unbrauchbar sind darüber hinaus Weisungen dann, wenn die untergeordnete Behörde über einen längeren Zeitraum handlungsunfähig ist, während dessen die tatsächliche Entscheidung über Eintritt oder Nichteintritt des Schadens ohnedies fällt, wenn keine Abwehrmaßnahmen ergriffen werden. Das Instrument der Weisung macht also zum einen den Selbsteintritt nicht überflüssig wie beim Normalfall. Zum anderen verlangt der Zweck der Aufsicht, nämlich einen ordnungsmäßigen Verwaltungsvollzug sicherzustellen, wozu wiederum die Weisungsbefugnis dient, natürlich gerade, daß drohender Schaden abgewendet wird.

2) Andererseits spricht bei Gefahr im Verzuge, und das ist wohl ausschlaggebend, der Grundsatz der strengen Einhaltung der Zuständigkeitsordnung nicht mehr gegen den Selbsteintritt. Die Zuständigkeitsordnung soll vor allem deshalb eingehalten werden, um Doppelarbeit, Ungerechtigkeiten und Fehler in der Verwaltungstätigkeit zu verhindern. Das Nichtverhindern von Schaden für den einzelnen Bürger, aber auch für die Allgemeinheit, wenn dies an sich ohne große Schwierigkeiten möglich wäre, dürfte jedoch zu den gröbsten Fehlleistungen einer Verwaltung gehören. Doppelarbeit von untergeordneter und übergeordneter

---

1) Vgl. den BVerwGE 12, 87 ff. zugrundeliegenden Fall: Das BVerwG begründet die Zuständigkeit des Innenministeriums zu einer seuchenpolizeilichen Anordnung an Stelle der Kreispolizeibehörden damit, daß es sich um eine Epidemiegefahr für das ganze Land und damit um eine Landespolizeiangelegenheit gehandelt habe, obwohl zunächst nur einige Kreise befallen waren, und führt dann aus (S. 90 93): "Eine Anweisung der einzelnen Kreispolizeibehörden und der Erlaß entsprechender Verbote durch diese mußte notwendig den Verlust kostbarer Zeit zur Folge haben und ein weiteres Ansteigen der Erkrankungen befürchten lassen". Mit dieser Begründung hätte möglicherweise letztlich auch eine Zuständigkeit aus Gefahr im Verzug angenommen werden können. Bachof, Band I, Teil 2, C 49, rechtfertigt den Eingriff mit einer Zuständigkeit "aus der Natur der Sache". Vgl. hierzu auch Brunner DÖV 1969, 773 ff. (774, Anm. 9).

Behörde ist bei Gefahr im Verzuge sowieso kraft Definition ausgeschlossen. Daher könnte man mit gutem Recht sogar folgern, Sinn und Zweck der Zuständigkeitsordnung verlangten es geradezu bei Gefahr im Verzuge, daß sie überspielt und durchbrochen wird.

Im Urteil vom 16.1.1957 [1] hat das Bundesverfassungsgericht für die Zeit nach dem Zusammenbruch des Dritten Reiches in ähnlicher Weise argumentiert. Die Zuständigkeitsregelungen seien "grundsätzlich auf normale Situationen abgestellt". Werde ein Organ handlungsunfähig, so hätten etwa noch vorhandene Organe "nicht nur die Berechtigung, sondern grundsätzlich auch die Verpflichtung zu Handlungen, die über ihre normalen Kompetenzen hinausgehen". Die Parallele zur Gefahr im Verzug besteht darin, daß eine Behörde zwar vorhanden, aber zumindest in bezug auf eine einzelne Maßnahme handlungsunfähig ist, und daß eine andere Behörde in der Weise "vorhanden" ist, daß sie in der Lage ist, die notwendige Maßnahme durchzuführen. Sieht man in diesem Sinne die Zuständigkeit bei Gefahr im Verzug als echte Notzuständigkeit an, so läßt sich sogar die Meinung vertreten, jede Behörde oder zumindest jede ressortgleiche könne statt der an sich zuständigen handeln, weil überwiegende Gesichtspunkte des öffentlichen Wohls auf dem Spiel stünden [2]. Dies kann jedoch hier dahinstehen [3]. Auf jeden Fall ist die übergeordnete Behörde geradezu prädestiniert, an Stelle einer ihrer nachgeordneten Behörde selbst einzutreten, denn sie ist dank ihrer laufenden Beschäftigung mit ähnlichen Problemen in besonderer Weise sachkundig und überdies am ehesten mit den speziellen räumlichen und sachlichen Bedingungen vertraut, so daß ihr Eingreifen im Vergleich zu dem anderer Behörden die größtmögliche Gewähr dafür bietet, daß die in aller Eile angeordneten Sofortmaßnahmen recht- und vor allem auch zweckmäßig sind.

Auch eine dogmatische Betrachtung der behördlichen Kompetenzen und ihrer Verteilung führt zum selben Ergebnis. Kompetenz bedeutet nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht zur Erfüllung der zugewiesenen Aufgaben. Dieser Pflicht, also einem Teil ihrer Kompetenz, vermag die untergeordnete Behörde bei Gefahr im Verzuge nicht mehr nachzukommen. In diese Kompetenzlücke stößt

---

1) BVerfGE 4, 74 ff. (Leitsatz 4 und S. 88/89) = NJW 1955, 17 ff. = JZ 1955, 115.

2) Vgl. hierzu §§ 53 Abs. 2, 54 Abs. 2 PolG Bad.-Württ.; § 2 Abs. 3 EVerwVerfG (Musterentwurf) = § 31 LandesverwG Schleswig-Holstein; Wolff, Band II, S. 24. Eine interessante Lösung bietet Klein DVBl 1968, 166 ff. (168) an, der den Rechtfertigungsgrund für die Kompetenzänderung in Dringlichkeitsfällen in § 679 BGB sieht.

3) Bedenken macht z.B. Rasch DÖV 1957, 337 ff. (338) geltend.

dann die übergeordnete Behörde, die kraft ihrer Stellung an sich sachlich und örtlich auch zuständig ist.

Daß durch den Selbsteintritt bei Gefahr im Verzuge die Selbstverantwortlichkeit der untergeordneten Behörde nicht beeinträchtigt wird, liegt auf der Hand. Somit bleibt als einziges Argument gegen den Selbsteintritt im Ausnahmefall dasjenige der Verschiebung des Widerspruchsverfahrens übrig. Dies wiegt jedoch wenig im Vergleich zu der Chance, einen Schaden abzuwenden, der, um noch einmal darauf hinzuweisen, erheblich sein muß, und nicht nur ein Bagatellschaden sein darf. Aus allen diesen Gründen ist der übergeordneten Behörde bei Gefahr im Verzuge ausnahmsweise [1] ein Selbsteintrittsrecht einzuräumen.

III) Ähnliche Tatbestände:

1) Das Preußische Oberverwaltungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem Tatbestand "Gefahr im Verzug" als weiteren Rechtfertigungsgrund für einen Selbsteintritt angenommen, "wenn der Zweck der Aufsicht sonst nicht erfüllt wird" [2]. Zweck der Aufsicht ist es aber beispielsweise, im Ermessensbereich eine einheitliche Handhabung zu erreichen oder aber den untergeordneten Behörden überregionale Gesichtspunkte vertraut zu machen. Nach der vom PrOVG gewählten Formulierung wären also bei großzügiger Interpretation des Wortlauts auch Selbsteintritte zulässig, wenn eine übergeordnete Behörde von einer ihr im obigen Sinne nicht ganz genehmen Entscheidung der nachgeordneten Behörde erfährt, sei es, daß sie erst bevorsteht oder schon erlassen ist. Eine solche Ausweitung lag aber nicht im Sinne des Gerichts, das seine Aussage dahingehend präzisiert hat, daß der Zweck der Aufsicht dann gefährdet sei, wenn [3] "sei es wegen besonderer Dringlichkeit, sei es aus anderen, in der Person des Amtsvorstehers und dessen Stellvertreters oder in sachlichen Momenten beruhenden Gründen, der im öffentlichen Interesse polizeilicherseits zu erreichende Erfolg nicht auf dem als Regel gegebenen Weg der Anweisung ..., sondern mit Sicherheit nur durch das unmittelbare Einschreiten der Aufsichtsbehörde erwartet

---

1) Wenn Wilhelm BayVBl 1964, 277 ff. (280) aus dem Ausnahmecharakter eine weitere Schranke darin finden will, daß "wirklich" (!) Gefahr im Verzuge vorliegen müsse, so kann dies wohl nur dahin verstanden werden, daß die Tatbestandsvoraussetzungen nicht leichtfertig anzunehmen sind. Insoweit besteht volle Übereinstimmung.

2) Vgl. etwa PrOVG 23, 209; 23, 395; 24, 295; PrOVG RuPrVerwBl 1930, 548; ebenso VGH Kassel NJW 1960, 1317; Ringe DVBl 1957, 676 f. (676).

3) PrOVG 2, 415 ff. (424).

werden kann". Damit ist zum einen der Fall der Gefahr im Verzug umschrieben, zum anderen derjenige der Befangenheit und der Interessenkollision [1]. Die beiden letzteren Fälle sind noch gesondert zu betrachten. Da aber alle drei Fälle nicht ohne weiteres aus dem umfassenden Begriff "Nichterfüllung des Aufsichtszweckes" zu erschließen sind, erscheint es angebracht, diesen umfassenden, aber wenig plastischen und vor allem für die Verwaltungsbehörden unpraktikablen Begriff auszuscheiden, weil er die Gefahr einer unübersehbaren Ausuferung der Selbsteintrittsfälle in sich birgt.

2) Den nächsten Schritt in dieser Richtung hat dann Schneider [2] getan, der ein Selbsteintrittsrecht dann zubilligen will, wenn "besondere und wesentliche Umstände, die bei den übrigen vergleichbaren Fällen nicht gegeben sind" [3], vorliegen, die eine "unmittelbare Entscheidung der höheren Behörde als sachlich angemessen erscheinen lassen". Folgt man dieser Diktion, so sind Zuständigkeitsdurchbrechungen seitens der übergeordneten Behörden Tür und Tor geöffnet. Jeder Fall weist bei entsprechender Betrachtung Besonderheiten auf und wesentliche Unterschiede lassen sich leicht konstruieren. Damit ist die gerade aus der Ablehnung des unbeschränkten Selbsteintrittsrechts gewonnene Klarheit und Sauberkeit der Verwaltung wieder erheblich in Frage gestellt. Daher ist diese Formulierung entschieden abzulehnen [4].

Ab und zu finden sich auch Begriffe wie "in Gefahrenfällen" [5], "bei Dringlichkeit" [6] oder gar "bei dringender Eile" [7]. Alle die damit gemeinten Fälle lassen sich unter den Tatbestand der Gefahr im Verzuge bringen. Es erscheint insbesondere mit Rücksicht auf die Verwaltung, die mit diesen Rechtsbegriffen täglich arbeiten muß, am sinnvollsten, es bei dem hergebrachten und einigermaßen bekannten Begriff, der auch in anderen Rechtsgebieten gebräuchlich ist [8], zu belassen.

---

1) Vielleicht sieht deshalb Ringe DVBl 1957, 676 f. (676) das Eintrittsrecht nur bei Gefahr im Verzug als zu eng an.

2) DVBl 1950, 702 ff. (706).

3) Ähnlich auch § 62 Abs. 1 des hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) vom 17.12.1964 (GVBl. S. 209), wo den aufsichtführenden Polizeibehörden ein Selbsteintrittsrecht eingeräumt ist, "wenn es den Umständen nach erforderlich ist".

4) Ebenso Ringe DVBl 1957, 676 f. (676).

5) Obermayer JZ 1956, 625 ff. (628).

6) Hatschek, S. 81.

7) Gerland AöR Band 17, 230 ff. (266).

8) Vgl. etwa Art. 13 Abs. 2 GG, §§ 166 GVG, 98 Abs. 1 und 165 StPO.

IV) Die Art und Weise des Eintritts:

1) Die Wirkungsdauer der Maßnahme

Verschiedentlich wird die Meinung vertreten, die von der übergeordneten Behörde veranlaßten Maßnahmen dürften nur vorläufiger Natur sein [1]. In dieser Richtung, allerdings für einen "umgekehrten" Selbsteintritt [2], was jedoch nichts am Grundsätzlichen ändert, hat sich besonders extrem der BayVGH [3] geäußert: Auch in Notzeiten gelte die Zuständigkeitsordnung weiter. "Äußerstenfalls kann ein Verwaltungsnotstand auf Grund der allgemeinen Verpflichtung aller Behörden, dringlichste Notfälle - aber nur solche - vorläufig zu beheben, dazu führen, daß eine unzuständige Behörde, die arbeitsfähig geblieben ist, eine einstweilige Regelung trifft". An diese nur vorbehaltliche Regelung soll nach der Meinung des Gerichts die zuständige Behörde später "in keiner Richtung gebunden" sein [4]. Dieser Auffassung kann in ihrer Ausschließlichkeit nicht zugestimmt werden. Sie erscheint wirklichkeitsfremd. Oftmals wird nämlich in Notfällen bzw. bei Gefahr im Verzug die unaufschiebbare Maßnahme nur eine endgültige sein können, wenn sie effektvoll sein soll. Gibt es z.B. keine andere Möglichkeit, um die von einem baufälligen Haus ausgehende Gefahr abzuwenden, als es abzureißen, dann muß eben der endgültige Verhältnisse schaffende Abbruch schnellstens verfügt und durchgesetzt werden. Es ist zum einen praktisch unbrauchbar, der eintretenden Behörde solche generelle Schranken zu setzen, die die Wirksamkeit ihrer Tätigkeit womöglich zunichte machen. Andererseits ist dies auch inkonsequent und dogmatisch bedenklich. Mit dem Selbsteintrittsrecht bei Gefahr im Verzug geht ein Stück funktioneller Zuständigkeit auf die übergeordnete Behörde über. Also ist sie auch berechtigt, in gleicher Weise wie die an sich zuständige, handlungsunfähige Behörde, d.h. in vollem Umfang, über die zu treffenden Maßnahmen zu entscheiden. Die Art und Weise des Eingriffs muß daher sinnvollerweise in das pflichtgemäße Ermessen der selbsteintretenden Behörde gestellt werden.

---

1) So Wilhelm BayVBl 1964, 277 ff. (280) und Floegel-Hartung, 17. Auflage, § 47 StVO, Rdz. 6.

2) Fährerlaubnis über den Main im Jahre 1945 von einer Gemeinde statt der Regierung von Unterfranken erteilt.

3) Urteil vom 8.4.1948, VGHE 1, I, 74 ff. (76) = VerwRspr 1, 26 ff. = BayBM 1947/48, 253 f. (unter anderem Datum).

4) Was im entscheidenden Fall dazu führte, daß ein begünstigender Verwaltungsakt ohne weiteres wegen Nichtigkeit aufgehoben wurde, weil die erlassende Behörde zu Unrecht ihre Notzuständigkeit bejaht hatte und die eigentlich zuständige Behörde später die Entscheidung der Sache nach für unrichtig hielt.

2) Nebenpflichten der eintretenden Behörde

Wenn hinsichtlich des Eingriffs selbst schon aus praktischen Gründen keine Schranken auferlegt werden können, so ist jedoch eine Forderung im Anschluß an den Selbsteintritt zu stellen. Im Polizeirecht, woher der Ausnahmefall der Gefahr im Verzug stammt, ist meist eine Pflicht der eingreifenden Behörde statuiert, die an sich zuständige von ihren Maßnahmen unverzüglich zu unterrichten [1]. Diese Regelung sollte grundsätzlich für alle Verwaltungsbereiche übernommen werden. Der Übergang von der Krise zur Alltagssituation wird wesentlich erleichtert, wenn die zuständige Behörde über die Vorgänge in ihrem Gebiet auf dem Laufenden gehalten wird. Für den Fall, daß während eines länger andauernden Gefahrenzustandes die zuständige Behörde plötzlich wieder in die Lage kommt, ihre Aufgaben selbst wahrzunehmen, ist die Unterrichtungspflicht sogar unentbehrlich. Sie stellt also weder einen übertriebenen Formalismus dar, noch hemmt sie das Eingreifen als solches, da ihr unabhängig davon, neben oder im Anschluß daran, entsprochen werden kann, so schnell und so gut es die Verhältnisse eben zulassen.

3) Die zum Selbsteintritt berechtigte Behörde, insbes. bei der Auftragsverwaltung

a) Grundsätzlich kann aus dem Gesichtspunkt der größtmöglichen Schnelligkeit jede der im Instanzenzug übergeordneten Behörden eingreifen. Es wäre wenig sinnvoll, etwa zu verlangen, die drittinstanzliche Behörde, die von der Gefahr Kenntnis erlangt und zum Eingreifen in der Lage ist, müsse erst noch die zweitinstanzliche, ebenfalls an sich unzuständige Behörde anweisen, damit diese dann eingreift.

b) Ein besonderes Problem taucht jedoch im Bereich der Auftragsverwaltung [2] auf. Unter den streng umrissenen Aufsichtsmitteln der Rechtsaufsichtsbehörden befindet sich, wie oben gezeigt [3], eine Art Selbsteintritt: die Ersatzvornahme. Die Aufsichtsmittel sind aber nicht nur in ihrer Tragweite genau abgegrenzt, sondern auch bei den Rechtsaufsichtsbehörden konzentriert, d.h. nur sie dürfen

---

1) Vgl. z.B. §§ 53 Abs. 3, 54 Abs. 2 Satz 2 PolG Bad.-Württ., § 62 Abs. 2 Satz 2 Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 17.12.1964 (GVBl. S. 209); außerdem Floegel-Hartung, 16. Auflage, § 47 StVO, Rdz. 6 (in der 17. Auflage heißt es nur noch "... wird berichten").

2) Es soll wieder beispielhaft die Auftragsverwaltung durch die Kommunen betrachtet werden.

3) S. 67 f.

sich ihrer bedienen [1]. Es stellt sich nun die Frage, ob eine Fachaufsichtsbehörde, die bei Gefahr im Verzug an Stelle der an sich zuständigen Behörde des Selbstverwaltungsträgers einschreiten will, dies selbst tun kann, oder ob sie dazu der Mithilfe der Rechtsaufsichtsbehörde mit deren Aufsichtsmittel der Ersatzvornahme bedarf.

Setzt man Selbsteintritt in jedem Falle gleich Ersatzvornahme, so ist nur die zweite Alternative möglich [2]. Dagegen bestehen aber doch erhebliche Bedenken. Die Ersatzvornahme ist ja nicht unbedingt für alle der Aufsichtsbehörde passend erscheinenden Fälle gewährt, sondern sie kann nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen angeordnet und durchgeführt werden, und zwar dann, wenn ein Selbstverwaltungsträger, grob gesagt, sich unbotmäßig verhält. Nur für diese im einzelnen genau festgelegten Fälle ist dieses Instrument der Rechtsaufsichtsbehörde gedacht. Wenn man schon strikt an der Ausschließlichkeit und Genauigkeit der festgelegten Aufsichtsmittel festhalten will, so muß man das auch in diesem Punkt tun und kann nicht einfach allein von der Tatsache ausgehen, daß sowohl beim Selbsteintritt als auch bei der Ersatzvornahme eine Behörde an die Stelle einer anderen tritt, sondern muß auch die recht verschiedenen Voraussetzungen der beiden Eingriffsrechte mitberücksichtigen. Daraus ergibt sich zunächst nur der Schluß, daß allein aus dem bloßen Begriff oder, wenn man so will, aus dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen unmittelbar keine Lösung gefunden werden kann.

Vielmehr ist auf Sinn und Zweck der Konzentration der Aufsichtsmittel, insbesondere hier der Ersatzvornahme, bei einer Behörde abzustellen. Die gravierenden Eingriffsmöglichkeiten der Staatsaufsicht bei Renitenz des Selbstverwaltungsträgers sollen nicht von allen möglichen Behörden ausgeübt werden können, denen der Gesamtüberblick über die Lage der unterstellten juristischen Person fehlt. Vielmehr soll dies einheitlich geschehen [3], um die auch im Bereich der Auftragsverwaltung noch in gewisser Weise vorhandene Eigenständigkeit des Selbstverwaltungsträgers nicht unnötig oder vorschnell zu beeinträchtigen. Dieser Zweck steht aber dem Selbsteintritt der Fachaufsichtsbehörde bei Gefahr im Ver-

---

1) Vgl. § 129 Abs. 2 GemO BW; Art. 116 Abs. 1 Satz 3 GemO Bayern; § 145 Satz 2 GemO Hessen; § 134 GemO Nieders.; § 113 GemO NW; § 130 SelbstverwG Rhl.-P.; § 129 KommunalselbstverwG Saarl.; § 129 GemO SH.

2) So vor allem Wilhelm, BayVBl 1964, 277 ff. (280) und wohl auch Schneider, DVBl 1950, 702 ff. (704).

3) Vgl. Kunze-Schmid, S. 940; Göbel-Fröhner, S. 343; Muntzke-Schlempp, S. 1163; Kottenberg-Rehn, S. 696.

zuge nicht im Wege. Der Selbsteintritt in diesem Fall dient nämlich nicht wie die Ersatzvornahme dazu, ordnend und zur Brechung eines Widerstandes in das Verwaltungsgebaren des Selbstverwaltungsträgers einzugreifen, sondern richtet sich gegen eine von außen kommende Gefahr. Die Fachaufsichtsbehörde kann also ohne Mitwirkung der Rechtsaufsichtsbehörde bei Gefahr im Verzug selbst eintreten [1], ohne daß damit gegen den Grundsatz der Einheit der Aufsicht verstoßen wird. Ganz entscheidend kommt letztlich noch hinzu: Das Instrument der Ersatzvornahme taugt schon deswegen nichts, wenn man sich vergegenwärtigt, daß es sich dabei um ein sehr förmliches Verfahren mit Fristsetzung handelt. Es ist kaum vorstellbar, wie damit eine Gefahr sinnvoll abgewendet werden sollte. Auch deswegen "paßt" [2] die Ersatzvornahme nicht zur Gleichsetzung mit dem Selbsteintritt bei Gefahr im Verzuge.

B) EINVERSTÄNDNIS DER BETEILIGTEN

An einem Verwaltungsverfahren sind im Einzelfall der oder die betroffenen Bürger und die zuständige Behörde beteiligt. Ob diese Beteiligten durch Einzelerklärungen oder Übereinkünfte, einen Selbsteintritt statthaft machen können, ist ein für alle Arten von Zuständigkeitsverschiebungen gleichlautendes, allgemeines Problem. Daher soll die Lösung hier nur kurz skizziert werden.

Eine einzelne Behörde, beim Selbsteintritt also eine untergeordnete Behörde gegenüber ihrer Aufsichtsbehörde, kann schon deswegen nicht von sich aus eine Zuständigkeitsverschiebung gestatten, weil ihre Kompetenz, wie Forsthoff [3] sagt, ein Begriff der institutionellen Sphäre ist, der subjektive Rechte fremd sind, also kein Recht auf die Kompetenz besteht. Da der Behörde im Einzelfall keinerlei Rechtsmacht über die Zuständigkeitsregelungen zusteht, kann sie über

---

1) Im Grundsatz ebenso jetzt § 18 Abs. IV LandesverwG Schleswig-Holstein, allerdings mit einer weiteren Tatbestandsvoraussetzung (dazu s. u. E)).

2) Wie überhaupt die unbesehene Konzentration der Aufsichtsmittel bei den Rechtsaufsichtsbehörden vielfach mißverständlich ist. Fast alle Gemeindeordnungen gewähren diesen ein Anordnungsrecht, das zum Teil mit dem Weisungsrecht der Fachaufsichtsbehörden zur Deckung gebracht werden kann. Wollte man den Grundsatz der Konzentration bei einer Behörde hier, dem Wortlaut getreu folgend, anwenden, wären Weisungen der Fachaufsichtsbehörden teilweise rechtswidrig, da sie nur im Zusammenspiel mit der Rechtsaufsichtsbehörde erteilt werden könnten. Loschelder, S. 40, sagt daher zu Recht, die engen Grenzen der Kommunalaufsicht gälten für die Fachaufsicht nicht.

3) S. 420.

ihre Kompetenz auch nicht verfügen, indem sie sie etwa an eine andere Behörde von sich aus abgibt [1].

Aber auch der einzelne Bürger hat keine Verfügungsmacht über die Zuständigkeit einer Behörde. Selbst wenn man annimmt, daß er ein Recht auf Handeln der zuständigen Behörde hat [2], so ist damit nur ein Abwehrrecht gegen den Eingriff einer unzuständigen Behörde gegeben. Nicht aber kann der Bürger eine Zuständigkeitsverschiebung erlauben, indem er auf sein Recht verzichtet, weil die Einhaltung der Zuständigkeitsordnung in erster Linie dem öffentlichen Interesse dient [3]. Dieses Interesse der Allgemeinheit steht auch der Wirksamkeit einer Zuständigkeitsvereinbarung zwischen Bürger und Behörde entgegen.

C) PERSÖNLICHE BEFANGENHEIT EINES EINZELNEN AMTSTRÄGERS

Die Frage, ob hier [4] ausnahmsweise ein Selbsteintrittsrecht zugelassen werden könne, hat vor allem das PrOVG [5] beschäftigt. Zu Recht hat das Gericht aber schon seinerzeit ausgeführt, es liege keine Notwendigkeit vor, von der Zuständigkeitsordnung, die vor allem gegen den Selbsteintritt spreche, abzuweichen. In einem solchen Falle müsse eben ein Stellvertreter von der Aufsichtsbehörde bestellt werden. Das Problem hat sich heute noch wesentlich vereinfacht, da es Einmannbehörden, mit denen es das PrOVG zu tun hatte, kaum mehr gibt. Es bedarf also keiner ad-hoc-Bestellung eines Stellvertreters mehr, vielmehr übernimmt ohne weiteres der ständige Stellvertreter des verhinderten Sachbearbeiters die Erledigung des anstehenden Falles. Das Problem der Befangenheit eines einzelnen Amtsträgers kann und muß behördenintern bei der zuständigen Behörde gelöst werden. Für einen Selbsteintritt ist hier kein Anlaß [6].

---

1) Vgl. BayVGH BayBM 1953, 139; Rasch VerwArch Band 50 (1959), 1 ff. (5); ders., Verwaltungsorganisation, S. 175.

2) Vgl. statt vieler BGHZ 1, 146 ff. (151); Scholler DÖV 1966, 232 ff. (236); Rasch VerwArch Band 50 (1959), 1 ff. (6).

3) Vgl. allgemein zum Verzicht auf "Berechtigungen" bei entgegenstehendem öffentlichen Interesse: Wolff, Band I, S. 273; speziell für den Fall des Selbsteintritts: BVerwGE 3, 11 ff. (Leitsatz und S. 13), zustimmend Bachof, Band I, Teil 1, C 14.

4) Vgl. insgesamt zu den Voraussetzungen der Befangenheit bzw. Interessenkollision: Marré a.a.O. und Dagtoglou a.a.O.; § 15 EVerwVerfG (Musterentwurf) = § 81 LandesverwG Schleswig-Holstein.

5) Zum erstenmal in PrOVG 23, 209 ff.

6) Ebenso etwa von Bitter, S. 297; Drews-Wacke, S. 500; PrOVG RuPrVBl 1930, 548 f. (549).

D) BEFANGENHEIT EINER GANZEN BEHÖRDE

I) Abgrenzung bei der sachlichen Interessenkollision:

Beim Tatbestand der "Befangenheit einer Behörde" denkt man in erster Linie an die Fälle, bei denen hoheitliche und fiskalische Interessen kollidieren. Insoweit sind zwei Konstellationen möglich: Zum einen können sich fiskalische und hoheitliche Interessen eines und desselben Rechtsträgers berühren, sei es, daß sie von einer Behörde, oder, was der wesentlich häufigere Fall ist, von je zwei getrennten Behörden oder Dienststellen wahrgenommen werden. Zum anderen können aber auch umgekehrt die Interessen zweier Rechtsträger bei einer Behörde aufeinanderstoßen.

Die erste Fallgestaltung kann von vornherein für die Frage des Selbsteintritts außer Betracht bleiben. Beispiele hierfür sind baupolizeiliche Maßnahmen in Bezug auf staatliche Liegenschaften oder Gewerbesteuerbescheide einer Gemeinde gegenüber einem gemeindlichen Eigenbetrieb. In diesen Fällen kann und muß die Interessenkollision innerhalb des betroffenen Rechtsträgers beigelegt werden, ohne daß es dazu eines Selbsteintritts bedürfte, denn dieser würde das Problem nur um eine Stufe nach oben verlagern. Zunächst sind die zuständigen Behörden verpflichtet, solche Problemlagen durch interne Gespräche zu bereinigen. Läßt sich nicht im direkten Zusammenspiel dieser eine Einigung erzielen, so muß letzten Endes eben die jeweilige Spitze der Verwaltung entscheiden, denn spätestens bei ihr laufen die Fäden der hoheitlichen und fiskalischen Verwaltung zusammen. Eine Verfügung der die hoheitlichen Belange vertretenden Stelle würde eine Verfügung an sich selbst sein mit der Folge, daß es im Streitfall zu einem Insichprozeß käme. An dieser rechtlich unzulässigen Konsequenz [1] ändert der Selbsteintritt irgendeiner übergeordneten Behörde in keiner Weise etwas. Es stellt sich also gar nicht die Frage nach seiner Berechtigung, da er sich insgesamt als überflüssig und nutzlos zur Lösung des Konflikts erweist.

II) Lösungsmöglichkeiten des Interessenwiderstreits

1) Das Problem des Selbsteintrittsrechts bedarf also nur in den Fällen von Interessenkollision einer Erörterung, wo zwei verschiedene juristische Personen des öffentlichen Rechts durch eine Behörde "vertreten" werden. Außerdem sind noch die Fälle mitzuberücksichtigen, bei denen eine ganze Behörde aus persönlichen Gründen für befangen gehalten werden muß, etwa wenn sie hoheitlich

---

1) Vgl. hierzu z.B. Hamburg OVG DVBl 1951, 479; LVG Düsseldorf DVBl 1951, 480; Rasch VerwArch Band 50 (1959), 1 ff. (29).

gegenüber einem Behördenmitglied tätig werden soll.

Interessenkollisionen dieser Art können einerseits im Bereich der Auftragsverwaltung auftreten, wenn z.B. kommunale fiskalische Anliegen mit hoheitlichen staatlichen Aufgaben kollidieren, und außerdem da, wo Einheitsbehörden mit Doppelfunktion bestehen, wie etwa das baden-württembergische Landratsamt, das sowohl Organ der Kreisverwaltung als auch untere staatliche Behörde ist [1].

2) Zunächst könnte man vielleicht annehmen, daß in diesen Fällen auch interne Schlichtungen stattfinden, die Interessenkollision also gar nicht nach außen dringt. Ein Blick in die gerichtliche Praxis [2] beweist aber das Gegenteil. Besonders instruktiv ist folgender vom PrOVG entschiedener Fall [3]: Der Magistrat der Stadt L. in Niedersachsen erließ als Ortspolizeibehörde eine Verfügung an den Verwaltungsausschuß für das städtische Gas- und Wasserwerk zu L., behändigt dem Bürgermeister als Vorsitzenden dieses Ausschusses. Gegen diese ortspolizeiliche Verfügung des Magistrats erhob der Verwaltungsausschuß Klage. Vertreten wurde er durch den Magistrat! Richtigerweise hätte schon die Verfügung an den Magistrat und nicht an den Bürgermeister gerichtet werden müssen, da ersterer gesetzlicher Vertreter der Stadtgemeinde als Eigentümerin des Gaswerks war.

3) Gerade solche zwar bemerkenswerten, aber gleichwohl untragbaren Fälle führen zu dem Schluß, daß auch beim Interessenwiderstreit ganzer Behörden, gleichermaßen wie bei der Befangenheit eines einzelnen Amtsträgers, in vielen Fällen eine Pflicht zur Amtsenthaltung konstatiert werden muß [4]. Dies dürfte ein alle Gebiete durchziehender allgemeiner Rechtsgedanke sein, der zumindest mittelbar etwa auch in § 181 BGB seinen Niederschlag gefunden hat [5]. Ihm liegt die Überlegung zugrunde, daß eine Entscheidung in eigener Sache in ganz erheblichem Maße die Gefahr einer Manipulation in sich birgt, die Sachlichkeit und Sachgerechtigkeit also von vornherein zweifelhaft sind. Diese Gesichtspunkte verdienen gerade im öffentlichen Recht besondere Beachtung, wo das Ansehen der

---

1) Ebenso z.B. in Bayern und Rheinland-Pfalz, ähnlich in Nordrhein-Westfalen (Oberkreisdirektor); vgl. insgesamt Baumann, S. 33 ff.

2) Vgl. aus der Rechtsprechung des PrOVG etwa PrOVG 36, 288 ff.; 38, 359 ff.; PrVBl 1925/26, 191; RuPrVBl 1930, 548 f.

3) Entscheidung vom 10.5.1915, PrVBl 1915/16, 135 ff.

4) Vgl. Wolff, Band III, S. 237. Auf die Voraussetzungen, wann im einzelnen der Grad der Befangenheit so groß ist, daß er zur Ausschließung der Behörde von jeglicher Tätigkeit führen muß, kann hier nicht eingegangen werden; vgl. hierzu etwa BVerwGE 3, 1 ff. und die kritische Stellungnahme von Bachof, Band I, Teil 1, C 15.

5) Vgl. Palandt, § 181, 2).

Verwaltung entscheidend davon abhängt, daß schon der äußere Anschein einer Unregelmäßigkeit vermieden wird [1].

Wenn also die zuständige Behörde sich ihrer hoheitlichen Funktion - eine Ersetzung als privatrechtliche Vertreterin ist ausgeschlossen - enthalten muß, so fragt es sich, wer dann ihre Stelle einnehmen soll. Drei Lösungsmöglichkeiten bieten sich an: Die übergeordnete Behörde greift mittels einer Weisung ein, sie tritt selbst ein, oder die befangene Behörde wird durch eine andere gleichstufige, örtlich an sich unzuständige ersetzt.

III) Abwägung

1) Der Weg über das Weisungsrecht ist ohne weiteres als rechtlich zulässig anzusehen. Ihm gebührt daher zunächst einmal der Vorzug, da die beiden anderen Vorschläge, die eine Durchbrechung der Zuständigkeitsordnung bedeuten, nur als ultima ratio dahinter in Betracht kommen. Es erhebt sich dann die weitere Frage, ob mit Weisungen der übergeordneten Behörden die Problematik der Befangenheit einer Behörde überhaupt wirksam und sinnvoll entschärft werden kann. Unter diesem Gesichtspunkt ergibt sich ein erheblicher Einwand gegen diese Lösungsmöglichkeit. Da Weisungen keinen Niederschlag in der eigentlichen Entscheidung finden müssen und diese nach wie vor als Verfügung der angewiesenen Behörde gilt, bleibt der äußere Eindruck, der gerade durch die Ausschaltung der befangenen Behörde vermieden werden soll, nämlich eine Verfügung an sich selbst zu erlassen, nach wie vor bestehen [2], auch wenn die Entscheidung materiell allein von der übergeordneten Behörde getroffen worden ist. Dies gilt sowohl für den Fall der Befangenheit wegen sachlicher Interessenkollision als auch wegen irgendwelcher persönlicher Gründe. Für die Fälle der Interessenkollision bei der Auftragsverwaltung kommt noch hinzu, daß es im Streitfall wegen § 78 Abs. 1 Ziff. 1 VwGO [3] meist dann doch zu einem Prozeß der angewiesenen Behörde gegen sich selbst kommt.

2) Wenn sich also Weisungen der übergeordneten Behörden als mehr oder weniger untauglich zur Lösung des Konflikts erweisen, kann den beiden anderen Möglichkeiten nahe getreten werden, denen dann nur noch der Grundsatz der strengen Einhaltung der Kompetenzgrenzen entgegenstehen könnte. Einer der Hauptzwecke dieses Grundsatzes ist die Vermeidung von sachlichen Ungerechtigkeiten und Unsauberkeiten in der Verwaltung. Hierfür, und das darf nicht über-

1) So PrOVG 99, 194 ff. (200).
2) PrOVG ebenda.
3) Vgl. oben S. 73.

sehen werden, stellt die Zuständigkeitsordnung nur eine formale Sicherung dar. Wenn jedoch die strikte Einhaltung der Zuständigkeitsgrenzen gerade die gegenteilige Gefahr herausbeschwört, wie dies bei der Entscheidung durch die zuständige, aber befangene Behörde der Fall ist, dann muß notgedrungen der formale Sicherheitsfaktor hinter die ihm zugrundeliegenden materiellen Gesichtspunkte zurücktreten.

Ähnliches gilt für die Veränderung des Widerspruchsverfahrens durch den Selbsteintritt bzw. die Ersetzung der zuständigen Behörde durch eine andere. In aller Regel wird der Bürger, den dies allein angeht, gar nicht betroffen sein; ist er aber doch irgendwie an der Entscheidung beteiligt, so dürfte er mehr daran interessiert sein, die Entscheidung einer neutralen Stelle zu erhalten, als geringfügige Abweichungen im gerichtlichen Vorverfahren zu verhindern.

3) Da also keine ernsthaften rechtlichen Bedenken dem Selbsteintritt und der Ersetzung durch eine andere Behörde entgegenstehen, und sie den Interessenkonflikt auflösen, sind sie als zulässig anzusehen [1]. Eine weitere Abwägung zwischen diesen beiden Möglichkeiten fällt nicht leicht. Einerseits spricht für den Selbsteintritt, daß die übergeordnete Behörde möglicherweise besser informiert ist über die tatsächlichen Gegebenheiten im Bezirk der an sich zuständigen Behörde, und daß bei einer benachbarten, denn nur eine solche wird in Frage kommen, vielleicht eine gewisse Rivalität mithereinspielen kann, andererseits fördert der Selbsteintritt die Machtkonzentration bei den höheren Behörden, was gerade in dem Fall, daß fiskalische Interessen einer untergeordneten Instanz berührt werden, unerwünscht sein kann.

Letztlich ist noch darauf hinzuweisen, daß über die Ersetzung der an sich zuständigen Behörde eben die übergeordnete Behörde entscheidet, da gar keine andere Lösung denkbar ist, es also in deren Hand gegeben ist, ob sie dies tun oder selbst

---

1) Gesetzliche Beispiele für Selbsteintritt: § 17 des preußischen Gesetzes über die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichtsbehörden vom 1.8.1883 (Gesetzsammlung für die Königlichen Preußischen Staaten S. 237); § 136 Abs. 5 HessGemO und unter Bezug darauf § 54 HessLandkreisordnung i.d.F. vom 1.7.1960 (GVBl. S. 131); § 127 Abs. 5 Nieders. GemO; § 48 Abs. 2 Landkreisordnung f.d. Land Nordrhein-Westfalen vom 21.7.1953 (GS S. 208); § 10 Abs. 4 des Ersten G. zur Neuordnung und Vereinfachung d. Verwaltung vom 23.7.1957 (GS Nordrhein-Westfalen S.189); § 85 Abs. 2 Landesbauordnung für Baden-Württemberg vom 6.4.1964 (GBl. S. 151). Beispiel für Ersetzung: § 59 des preuß. G. über die allgemeine Landesverwaltung vom 30.7.1883 (Gesetzs. f.d. Königl. Preuß. Staaten S. 195).

eintreten will. Auf jeden Fall ist im Falle der Befangenheit einer Behörde [1] der Selbsteintritt der übergeordneten Behörde - zumindest auch - rechtlich möglich [2].

IV) Die Durchführung im Bereich der Auftragsverwaltung

Auch hier stellt sich wieder die Frage, ob die staatliche Fachaufsichtsbehörde, in deren sachlichen Zuständigkeitsbereich die zu treffende hoheitliche Maßnahme fällt, den Selbsteintritt allein vollziehen kann oder nur mit Hilfe der Rechtsaufsichtsbehörde über die Ersatzvornahme. Zunächst kann grundsätzlich auf das oben [3] zur Gefahr im Verzug Gesagte verwiesen werden. Sinn und Zweck der Konzentration der Aufsichtsmittel bei einer Behörde lassen im Fall der Befangenheit der Selbstverwaltungsbehörde jedoch gerade das gegenteilige Ergebnis angebracht erscheinen. Jetzt handelt es sich in der Tat um einen ordnenden Eingriff in den internen Verwaltungsvollzug des Selbstverwaltungsträgers, daher ist hier der umfassendere Überblick der Rechtsaufsichtsbehörde von Nutzen. Da noch dazu meist "höchstpersönliche" Interessen des Selbstverwaltungsträgers, nämlich fiskalische, auf dem Spiel stehen, der Selbsteintritt also recht erhebliche unmittelbare Auswirkungen auf die selbständige juristische Person haben kann, vermag er hier mit der Ersatzvornahme gleichgesetzt zu werden. Schließlich, und darin liegt der praktische Hauptunterschied zur Gefahr im Verzug, ergeben sich für die tatsächliche Wirksamkeit dadurch keine Nachteile im Fall der Befangenheit, daß eine zweite Behörde eingeschaltet werden muß, was in aller Regel einigen Zeitverlust mit sich bringt. Der im Normalfall obligatorischen Fristsetzung zur Abhilfe bedarf es logischerweise hier allerdings auch nicht.

---

1) Immer unter der Voraussetzung, daß die zuständige untergeordnete Behörde von der materiellen Entscheidungsbefugnis ausgeschlossen ist.

2) Ebenso PrOVG in ständiger Rechtsprechung, s. Anm. 2 und 3 S. 92; Anm. 1 S. 93; Bescheid des Reichskommissars für die Preisbildung vom 17.6.1941 (Mitteilungsblatt des Reichsk. f.d.P. I, 1941, S. 364); Fonk S. 66; Marré S. 99; Wolff, Band III, S. 238; offengelassen von BVerwGE 3, 1 ff. (8).

3) Vgl. S. 87 ff.

E) WEIGERUNG, EINER WEISUNG NACHZUKOMMEN

I) Vergleich zum Normalfall und zu den anderen Ausnahmetatbeständen

Durch die Weigerung einer nachgeordneten Behörde [1], einer Weisung der im Instanzenzug vorgesetzten nachzukommen, wird dieser das entscheidende Mittel zur Durchsetzung der aufsichtlichen Belange aus der Hand geschlagen und damit Sinn und Zweck der funktionellen Zuständigkeitsordnung stark beeinträchtigt. Die untergeordnete Behörde macht von ihrer formalen Gleichberechtigung mit der übergeordneten also in der Weise Gebrauch, daß sie sich auch materiell und entgegen der Funktionenverteilung mit jener auf eine Stufe stellt. Sie übersteigert ihre Selbstverantwortlichkeit zur Selbstherrlichkeit. Bei solcher Betrachtung ergeben sich deutliche Anknüpfungspunkte zu den zwei bislang anerkannten Ausnahmefällen der Gefahr im Verzug und der Interessenkollision, so daß man daran denken könnte, aus ähnlichen Gründen auch im Fall der Nichtbeachtung einer Weisung den Selbsteintritt zulassen zu können [2].

Jedoch besteht bei näherem Hinsehen ein erheblicher und grundsätzlicher Unterschied zwischen diesen beiden Fallgruppen. Sowohl bei Gefahr im Verzug als auch im Fall der Befangenheit stehen einer Tätigkeit der zuständigen Behörde Hindernisse entgegen, die von außerhalb auf die Verwaltung zukommen und nicht von ihr veranlaßt oder gar verschuldet sind. Um sie zu überwinden, bedurfte es notgedrungen eines ebenfalls nach außen wirkenden Mittels, nämlich des Selbsteintritts. Bei der Weigerung einer Behörde, einer Weisung nachzukommen, handelt es sich jedoch um eine, grob gesagt, von der Verwaltung selbst hervorgerufene Störung ihres Ablaufs.

II) Die Gegenmaßnahme

Das Mittel zur Beilegung von verwaltungsinternen Mißständen und Streitigkeiten ist aber die Dienstaufsicht. Hier ist der Hebel anzusetzen. Für die Weigerung einer gesamten Behörde ist der mit Dienstgewalt über seine Behördenangehörigen ausgestattete Behördenleiter verantwortlich. Er hat die Macht, wenn er

---

1) Die Weigerung eines einzelnen Beamten kann ohne weiteres außer Betracht bleiben, vgl. oben C) und anschl. II).

2) So Barfuß, S. 96; Herzog-Schick, S. 180; Wolff, Band II, S. 24; VGH Stuttgart ÖV 1949, 19; VG Karlsruhe DÖV 1949, 199. Vgl. auch § 51 Abs. 2 PolG Baden-Württemberg; § 10 Abs. 1 OBG Nordrhein-Westfalen (GS NW 1956, 155).

nur will, Weisungen einer übergeordneten Behörde innerhalb seiner Behörde durchzusetzen [1]. Notfalls kann er den renitenten Beamten durch einen anderen Sachbearbeiter ersetzen oder die Angelegenheit ganz an sich ziehen zur eigenen Entscheidung [2]. Wenn also eine Behörde sich weigert, einer Weisung nachzukommen, kann dies nur mit Zustimmung bzw. unter der Verantwortung des Behördenvorstandes erfolgen. Da die Gehorsamspflicht gegenüber Weisungen von Vorgesetzten dem Beamtenverhältnis immanent ist [3], handelt er also auf jeden Fall pflichtwidrig, d.h. er begeht ein Dienstvergehen [4]. Dienstvergehen ist mit den Mitteln der verwaltungsinternen Dienstaufsicht zu begegnen.

Wenn es aber dieses gesetzlich anerkannte Mittel gibt, so ist jede übergeordnete Behörde hierauf verwiesen und kann nicht ein Recht zum Selbsteintritt beanspruchen, das prima facie eine Durchbrechung der Zuständigkeitsordnung bedeutet. M.a.W.: Weigert sich eine untergeordnete Behörde, einer Weisung ihrer Aufsichtsbehörde nachzukommen, so sind disziplinäre Maßnahmen statt des Selbsteintritts zu ergreifen [5]. Ist die Fachaufsichtsbehörde zugleich Dienstaufsichtsbehörde, so kann sie dies selbst tun, sonst aber muß sie sich mit dieser in Verbindung setzen und ihr die Unbotmäßigkeit melden, damit sie von dort aus geahndet wird.

III) Ihre Wirksamkeit

Der Einwand liegt nahe, ein solches Verfahren sei umständlich, wenig praxisnahe und überdies gefährlich, wenn unter Zeitdruck gearbeitet werden müsse.

1) Zunächst ist auf folgendes hinzuweisen: Eine Behörde bzw. ihr Leiter wird in aller Regel nicht ohne Anlaß und nur um der Renitenz willen sich weigern, einer Sachweisung nachzukommen, also formell eine dienstliche Verfehlung begehen. Gegen Weisungen gibt es nach den Beamtengesetzen zunächst die Möglichkeit der Remonstration an die nächsthöhere Behörde. Allerdings hat dieses Widerstandsmittel keine aufschiebende Wirkung, so daß ihr Erfolg oder Nicht-

---

1) Weisungen übergeordneter Behörden sollten ohnedies immer den Weg über den Behördenvorstand gehen, vgl. W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 372. Die Praxis sieht aber anders aus: Meist wird der Sachbearbeiter direkt angewiesen.

2) Vgl. statt vieler Laforet, S. 91.

3) Vgl. Wolff, Band II, S. 432; §§ 37 BRRG, 55 BBG, 68 LBG Baden-Württemberg.

4) Vgl. z. Begriff des Dienstvergehens §§ 45 BRRG, 77 BBG, 88 LBG Bad.-Württ.; vgl. schon oben S. 15.

5) Vgl. schon Thoma, S. 177.

erfolg nicht untätig abgewartet werden kann. Gleichwohl stellt sie eine erste Möglichkeit für einen Beamten dar, sich gegen seiner Meinung nach "falsche" Weisungen zu wehren. Damit ist ein erstes Ventil zumindest für kleinere Bedenken geschaffen. Zu einer echten Gehorsamsverweigerung wird es wohl nur dann kommen, wenn die untergeordnete Behörde nach reiflicher Überlegung zu der Ansicht gelangt, die Weisung habe einen eindeutig rechtswidrigen Inhalt [1]. Gerade in diesen Fällen aber ist das Selbsteintrittsverbot aufrechtzuerhalten, denn, wie W. Jellinek sagt [2], "Ungehorsam ist auch die Selbsthilfe des Beamten gegen unzulässige Dienstbefehle", also die ultima ratio des Beamten, Unrecht zu verhindern, das zu tun ihm seine vorgesetzte Behörde befohlen hat, was natürlich keineswegs vorsätzlich geschehen sein muß. Hier ist es nur von Vorteil, wenn der Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt einer disziplinarrechtlichen Verfehlung noch einmal - meist sogar durch eine andere als die anweisende Behörde - überprüft werden muß, und nicht durch einen Selbsteintritt gleich nach außen endgültige und womöglich rechtswidrige Verhältnisse geschaffen werden können.

2) Wenn somit das Verbot des Selbsteintritts in den Fällen einer sachlich berechtigten Weigerung zum Vorteil aller Beteiligten [3] aufrechterhalten werden muß, so ist nur noch auf die Frage einzugehen, wie es bei dem vermutlich verschwindend geringen Prozentsatz ungerechtfertigten Ungehorsams um die Wirksamkeit disziplinarrechtlicher Maßnahmen bestellt ist, mit denen dagegen vorgegangen werden kann [4].

Die Disziplinargesetze gewähren, abgesehen von Verweisen u.ä., die sich zumindest in den Personalakten nachteilig niederschlagen, schon den Dienstvorgesetzten so starke Mittel wie die Verhängung von Geldbußen [5]. Zur Ansetzung dieser Strafen ist kein förmliches Verfahren notwendig, also auch kein zeitraubender Umweg. Es erscheint kaum vorstellbar, daß ein Beamter es ohne rechten Anlaß auf die Verhängung schon dieser Maßnahmen ankommen läßt, oder danach weiterhin einer Anordnung trotzt.

---

1) Dies wird jeder Praktiker bestätigen können.

2) Verwaltungsrecht, S. 293.

3) Die übergeordnete Behörde haftet nämlich für Schäden aus der Durchführung der rechtswidrigen Weisung; vgl. oben S. 15, insbes. Anm. 5.

4) Meist genügt in der Praxis schon ein persönliches Gespräch mit dem ungehorsamen Beamten, wozu dieser zitiert werden kann.

5) Vgl. z.B. § 29 Bundesdisziplinarordnung; § 14 Abs. 2 LandesdiszO Baden-Württemberg.

3) Immerhin theoretisch denkbar sind aber auch Fälle, in denen eine untergeordnete Behörde sich weiterhin und hartnäckig aus unsachlichen Motiven heraus weigert, der Weisung Folge zu leisten. Schiedermair, der zwar auch - aus rein rechtlichen Gründen - den Selbsteintritt ablehnt, bedauert das Ergebnis in diesen Fällen aus "verwaltungspolitischen" Gründen, wofür er folgendes Beispiel bildet [1]: "Das LRA wird angewiesen, die zu Unrecht versagte Konzession für das Privatkrankenhaus zu erteilen, weigert sich aber, damit dem Kreiskrankenhaus keine Konkurrenz entsteht".

Gerade dieses Beispiel zeigt [2], daß man es beim generellen Verbot des Selbsteintritts im Falle des Ungehorsams durchaus bewenden lassen kann, ohne schwere Unzuträglichkeiten befürchten zu müssen, wenn man sich darauf besinnt, daß es ein Selbsteintrittsrecht bei Gefahr im Verzug gibt. Sollte nämlich im Beispielsfall ein echtes Bedürfnis nach einem zweiten Krankenhaus bestehen, da das Kreiskrankenhaus überbelegt ist, so droht bei weiterer Konzessionsverweigerung wegen mangelhafter ärztlicher Versorgung den Bürgern Schaden für Leib und Leben, oder aber den Trägern des Privatkrankenhauses, falls sie etwa schon Vorarbeiten getätigt oder Termine festgelegt haben, durch die rechtswidrige Weigerung des Landratsamtes ein Vermögensschaden [3]. Wenn die zuständige untergeordnete Behörde sich nicht von ihrer Weigerung abbringen läßt, liegt auch Gefahr im Verzug vor, denn ein Abwarten bis zu ihrem Eingreifen ist sinnlos, da sie gar nicht eingreifen will. M.a.W.: Die übergeordnete Behörde kann selbst einschreiten und die Konzession erteilen, während und obwohl sie gleichzeitig ein Disziplinarverfahren gegen die Verantwortlichen einleitet.

4) Auf diese Art und Weise kann groben Mißständen begegnet werden, ohne das in den anderen Fällen auch praktisch sinnvolle Verbot des Selbsteintritts bei Ungehorsam aufheben zu müssen. In diesem Sinne ist wohl auch die vom OVG Lüneburg [4] gebrauchte Formulierung zu verstehen, daß ein Selbsteintrittsrecht bei "der Sache schädlicher Renitenz" der angewiesenen Behörde gegeben sei. Daneben stellt das Gericht allerdings noch den weiteren Ausnahmetatbestand der Gefahr im Verzug. Dies erscheint, wie gesagt, nicht nötig, da mit dem letzte-

---

1) BayVbl 1961, 357 ff. (363, li.Sp.).

2) Abgesehen davon, daß ein Fall der Interessenkollision vorliegen wird, und vor allem, daß sich aus der Doppelfunktion der Einheitsbehörde LRA mit einem kommunalen Wahlbeamten an der Spitze - es wird sich ja wohl um ein bayerisches LRA handeln sollen - Besonderheiten ergeben, vgl. dazu im Anschluß IV).

3) Entgangener Gewinn ist allerdings nicht zu berücksichtigen.

4) Urteil vom 16.2.1956, ZMR 1957, 71, unter Bezug auf einige Entscheidungen des PrOVG.

ren der erste aufgefangen werden kann [1].

Entscheidend ist, daß man sich stets vergegenwärtigt, daß Gefahr im Verzug dann vorliegt, "wenn ein Abwarten bis zum Eingreifen der an sich zuständigen Behörde die erforderlichen Maßnahmen erschweren oder vereiteln würde [2]", es also nur auf die nach außen zutage tretende Unmöglichkeit der Abhilfe durch die an sich zuständige Behörde ankommt, wobei es gleichgültig sein muß, ob dies wegen Unvermögens oder dauernden Nichtwollens so ist [3]. Zum einen wird durch die Beschränkung auf den einen Tatbestand vermieden, daß im Einzelfall möglicherweise schwierige Nachforschungen über die Ursachen der Handlungsunfähigkeit der an sich zuständigen Behörde durchgeführt werden müssen, zum anderen ist einer bedenklichen Ausuferung - etwa in dem Sinne, daß die übergeordnete Behörde jedes Zaudern der nachgeordneten zum Anlaß für einen Selbsteintritt nimmt - dadurch eine klare Schranke gesetzt, daß ein erheblicher Schaden drohen muß.

IV) Besonderheiten

Nicht ohne weiteres kann das gewonnene Ergebnis für den Bereich der Auftragsverwaltung und in den Fällen übernommen werden, wo eine Behörde mit Doppelfunktion, wie etwa ein Teil der Landratsämter, mit einem Wahlbeamten an der Spitze sich weigert, einer Weisung zu gehorchen. Besonderheiten ergeben sich daraus, daß hier grundsätzlich keine echte und volle Dienstaufsicht besteht [4]. Gleichwohl, um dies vorwegzunehmen, steht den staatlichen Fachaufsichtsbehörden auch jetzt kein Selbsteintrittsrecht zu.

Zunächst muß getrennt werden, einerseits in die Fälle der doppelfunktionellen Behörde und in diejenigen, bei denen der oberste Verwaltungschef eines Selbstverwaltungsträgers, etwa der Bürgermeister, für die Aufgaben des übertragenen

---

1) Andererseits ist zu eng die Fassung von § 16 Abs. 3 LandesverwG Schleswig-Holstein, wonach sowohl "Gefahr im Verzug" als auch "Weigerung, eine Weisung zu befolgen" zusammen gegeben sein muß. Damit ist der normale Fall der Gefahr im Verzug aber ausgeschlossen.

2) Vgl. oben S. 80.

3) Vgl. etwa PrOVG 59, 301 ff. (304): ".... nicht einschreiten kann oder wird".

4) Vgl. etwa für die Gemeinden Kunze-Schmid, S. 784.

Wirkungskreises allein verantwortlich ist [1], und andererseits in jene, bei denen der Selbstverwaltungsträger als solcher mitwirkt, u.a. beispielsweise durch Gemeinderatsbeschlüsse [2].

In den zuerst genannten Fällen besteht zwar auch keine Dienstaufsicht über die nachgeordnete Behörde im eigentlichen Sinn, der Behördenleiter unterliegt aber den staatlichen Beamtengesetzen [3] und damit der Gehorsamspflicht gegenüber Weisungen übergeordneter Fachaufsichtsbehörden, die ihm bei der Erledigung rein staatlicher Aufgaben vorgesetzt sind. Für Verletzungen dieser Pflichten kann er auch disziplinarrechtlich belangt werden [4]. Insoweit besteht letzten Endes also doch kein Unterschied zu den seitherigen Betrachtungen.

Bei der zweiten Fallgruppe ist die Rechtslage wesentlich anders. Es besteht zum einen keinerlei Möglichkeit, dienstaufsichtlich gegen irgendjemand vorzugehen. Zum anderen aber sperrt hier die Konzentrationsfunktion der Ersatzvornahme bei der Rechtsaufsichtsbehörde einen direkten Selbsteintritt der Fachaufsichtsbehörde, denn gerade für die Fälle der Unbotmäßigkeit des Selbstverwaltungsträgers ist dieses Aufsichtsmittel gedacht [5]. An die Ersatzvornahmebefugnis der Rechtsaufsichtsbehörde kann sich die Fachaufsichtsbehörde allerdings "anhängen" [6]. Die Erfüllung von Fachaufsichtsweisungen gehört nämlich zu den gesetzlichen Verpflichtungen des Selbstverwaltungsträgers [7], die nach fruchtloser Anordnung, ihr nachzukommen, im Wege der Ersatzvornahme von der Rechtsaufsichtsbehörde durchgesetzt werden können.

---

1) Vgl. etwa die generellen Regelungen in § 47 Abs. 1 Ziff. 6 SelbstverwG Rheinland-Pfalz; § 70 Abs. 3 GemO Schleswig-Holstein; § 44 Abs. 3 GemO Baden-Württemberg; und speziell § 48 Abs. 4 PolG Baden-Württemberg (Ortspolizeibehörde ist "der Bürgermeister").

2) Mit dem keineswegs nur sprachlichen Wandel von der "Auftragsverwaltung" zur "Erfüllung von Pflichtaufgaben nach Weisung" wird diese Kategorie immer größer; vgl. hierzu Bachof, Band II, Nr. 451.

3) Vgl. z.B. §§ 193 ff. LBG Baden-Württemberg.

4) Vgl. z.B. §§ 115 ff. Landesdisziplinarordnung Baden-Württemberg vom 1.8.1962 (GBl. S. 141).

5) Vgl. oben S. 67 f.

6) Vgl. Göbel-Fröhner, S. 344; Helmreich-Widtmann, Art. 116, 2); Kottenberg-Rehn, S. 697; Masson, Art. 116, 9); Muntzke-Schlempp, S. 245.

7) So z.B. Kunze-Schmid, S. 842.

KAPITEL VI
FOLGEN DES RECHTSWIDRIGEN SELBSTEINTRITTS

A) FEHLERGRAD DES DURCH SELBSTEINTRITT ZUSTANDEGEKOMMENEN VERWALTUNGSAKTES

I) Ausgangsposition

Da der normale Selbsteintritt gegen das objektive Recht verstößt, insbesondere etwa gegen die Zuständigkeitsordnung, ist ein auf diese Weise erlassener Verwaltungsakt rechtswidrig [1]. Damit ist jedoch noch nichts über seine Aufhebbarkeit bzw. seinen Fehlergrad gesagt [2]. Da er mit Sicherheit keinen völlig unbeachtlichen Bagatellfehler des Verwaltungsverfahrens darstellt [3], ist zu prüfen, ob er den Fehlergrad der Vernichtbarkeit oder der Nichtigkeit aufweist, entweder also mit der Folge, daß er auf jeden Fall zu seiner Aufhebung angefochten werden muß, oder, daß er ein rechtliches nullum ist [4].

Zur Unterscheidung dieser beiden Kategorien folgt die wohl herrschende Lehre der Evidenztheorie, wonach ein Verwaltungsakt nur dann nichtig ist, wenn er an einem besonders schweren und offenkundigen Fehler leidet [5]. An diesem Maßstab ist der durch Selbsteintritt zustande gekommene Verwaltungsakt zu messen [6]. Dabei muß man sich allerdings von vornherein darüber klar sein, daß es gewisse methodische Schwierigkeiten mit sich bringt, eine generelle Feststellung zu treffen, denn zumindest das Merkmal der Offenkundigkeit stellt auf den Einzelfall ab [7].

---

1) Vgl. oben S. 49; sowie z.B. BVerwG VerwRspr 18, 599 ff. (600) und VGH Baden-Württemberg ESVGH 15, 142 ff. (146).

2) Vgl. Bachof, Band I, Teil 2, C 28, und Band II, Nrn. 344 ff.

3) Vgl. hierzu etwa von der Groeben-Knack, Vorbem. vor § 112, 3.2.5.

4) Vgl. zu den hier nicht interessierenden Auswirkungen der Unterscheidung statt vieler Landmann-Giers-Proksch S. 161 f.

5) Vgl. z.B. § 34 EVerwVerfG (Musterentwurf S. 25); § 113 LandesverwG Schleswig-Holstein; Bachof, Band II, Nrn. 350 f.; BGH VerwRspr 14, 306 ff. (306); Ule DVBl 1960, 609 ff. (611) m.w.N. Kritisch zur Evidenztheorie etwa Thieme DÖV 1962, 686 ff. und Quidde DÖV 1963, 339 ff.

6) Zu Recht kritisieren Bettermann MDR 1949, 394 ff. (396) und Thieme DÖV 1962, 686 ff. (687) die verschiedentlich vertretene Auffassung, daß zwischen formellen und materiellen Fehlern a priori unterschieden werden müsse und womöglich erstere sogar schneller zur Nichtigkeit führen sollen. Beide Fehlerarten sind grundsätzlich in gleicher Weise an der Evidenztheorie zu messen, wie dies auch der Musterentwurf (in § 34) getan hat.

7) Vgl. dazu im Anschluß III).

II) Die Schwere des Fehlers

1) Es ist einigermaßen schwierig, den unbestimmten Begriff der "Schwere" in eine praktikable Form zu bringen. Im Rahmen dieser Arbeit muß es genügen, einige Begriffsbestimmungen aus der Vielzahl der angebotenen aufzuzeigen, ohne letztlich zwischen ihnen zu wählen. Ein Fehler soll dann schwer oder besonders schwer sein, wenn "ein vom Willen des Betroffenen unabhängiges öffentliches Interesse an der Nichtbeachtung dieses Verwaltungsaktes besteht" [1], wenn er "rein objektiv bei keiner denkbaren Sachlage nach dem Gesetz gerechtfertigt sein kann" [2] oder wenn es "mit der rechtsstaatlichen Ordnung unvereinbar erscheint, ihm auch nur den Anschein der dauernden Wirksamkeit zu geben" [3]. Entscheidend dürfte sein, daß sich das Gewicht des Fehlers von den verletzten Werten und dem Ausmaß der Verletzung her bestimmt [4]. Unter diesem Aspekt müssen daher die gegen, aber auch für den Selbsteintritt herangezogenen Argumente betrachtet werden.

2) Von den Vertretern der Nichtigkeit [5] des durch einen Selbsteintritt zustandegekommenen Verwaltungsaktes wird vor allem darauf abgehoben, daß der betroffene Bürger einen Instanzverlust hinnehmen müsse. Wie bereits gezeigt, trifft dies unter der Geltung der VwGO nur auf einen geringen Prozentsatz aller denkbaren Fälle zu. Meist kommt es durch den Selbsteintritt nur zu einer Verschiebung des Widerspruchsverfahrens, die noch dazu ohne Einfluß auf das streitige Verfahren vor den Verwaltungsgerichten ist [6].

3) Des weiteren ist das Ausmaß der Verletzung der Zuständigkeitsordnung in

---

1) So OVG Münster DVBl 1957, 21 ff. (24).

2) So BGHZ 4, 302 ff. (302, Leitsatz 2).

3) So von der Groeben-Knack, Anm. 3.1 zu § 113 unter Bezug auf Thieme (DÖV 1962, 686).

4) Ebenda.

5) OVG Saarland DÖV 1961, 795; Becker-Riewald-Koch, S. 236 (allerdings mit einem bedeutsamen Ausnahmefall); Drews-Wacke, S. 531; Forsthoff, S. 225; Herzog-Schick, Nr. 135 = S. 100 (mit Bedenken wegen der Evidenz); Eyermann-Fröhler, VGG, S. 123 (jetzt aber a. A., vgl. unten); Huber, 2. Band, S. 720 ("nur unter erheblichen Einschränkungen"); Landmann-Giers-Proksch, S. 164. Offengelassen von BayVGH 9, I, 11 ff. (15) und Koehler, S. 841. Vgl. weiterhin auch Anmerkung 1 S. 104.

6) Vgl. oben S. 32 f.

Betracht zu ziehen [1]. Die Zuständigkeitsordnung soll vor allem im Interesse der Wirtschaftlichkeit der Verwaltung durch Arbeitsteilung, der präsumtiv richtigen Entscheidung seitens der mit guten Gründen für zuständig erklärten Behörde und wegen des Grundsatzes der Gleichmäßigkeit der Verwaltungsübung eingehalten werden. Es erscheint recht schwierig, Gewicht und Ausmaß des Verstoßes gegen diese Prinzipien durch den Selbsteintritt allein an Hand der absoluten Werte feststellen zu wollen. Um nicht gleichsam ganz im "luftleeren Raum" arbeiten zu müssen, ist es daher nötig, sich Vergleichsmaßstäbe zu schaffen. Als solche drängen sich die Verletzungen örtlicher und sachlicher Zuständigkeitsregelungen [2] geradezu auf.

Durch jede Art von Kompetenzüberschreitung wird der Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Verwaltung mit seinen gewichtigen Auswirkungen gleich stark beeinträchtigt. Unterschiede ergeben sich jedoch bei den beiden anderen Prinzipien. Was die Arbeitsteilung anbelangt, so ist durch die Überwachungsfunktion der übergeordneten Behörde ein gewisser Teil Doppelarbeit von vornherein bedingt, was im Verhältnis zweier gleichrangiger, sachlich oder örtlich verschieden zuständiger Behörden ausgeschlossen ist. Ähnliches gilt für die Richtigkeitsvermutung zugunsten der Entscheidung durch die zuständige Behörde. Mit dem Weisungsrecht hat die übergeordnete Behörde ein mächtiges Instrument in der Hand, auf den sachlichen Inhalt der Entscheidungen der untergeordneten Behörden Einfluß zu nehmen, [3] denn bekanntlich können Weisungen die konkreteste Form annehmen. Dagegen haben örtlich oder sachlich unzuständige Behörden keinerlei Einwirkungsmöglichkeiten auf Behörden anderer Ortsgebiete und Sachressorts. Schließlich ist nicht außer Acht zu lassen, daß die übergeordnete Behörde in ihrer Eigenschaft als Widerspruchsbehörde auch nach Erlaß der Entscheidung durch

---

1) Alle diese Überlegungen scheiden natürlich dann aus, wenn man grundsätzlich jede Zuständigkeitsverletzung - so etwa BayVGH VGHE 1, I, 74 ff. (Leitsatz 2) - oder wenigstens jede sachliche Zuständigkeitsverletzung, worunter die funktionelle mitgerechnet wird - so Fleiner, S. 203, Art. 75 Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg (abgedr. bei Dürig, Gesetze des Landes Bad.-Württ., Anhang 2), weitere Nachweise bei Ule DVBl 1960, 609 ff. (611, Fußnote 30) - als Nichtigkeitsgrund ansieht. Dies scheint angesichts der Evidenztheorie nicht mehr angebracht.

2) Wobei der Unterscheidung oben S. 35 f. gefolgt wird, und die instanzielle bzw. funktionelle Zuständigkeit weiterhin als eigene Spezies und nicht als Unterfall der sachlichen angesehen wird.

3) Daraus zieht Brunner DÖV 1969 773 ff. (776) den Schluß, daß von einer schwerwiegenden Rechtswidrigkeit keine Rede sein könne.

die untergeordnete Behörde auf legitime Art und Weise "eingreifen" kann [1].

Andererseits ist endlich aber zu beachten, daß die Selbstverantwortlichkeit der untergeordneten Behörde durch den Selbsteintritt stark gestört wird, gleichermaßen wie durch einen Übergriff einer sachlich oder örtlich anderweitig zuständigen Behörde.

4) Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß zwar einerseits der Selbsteintritt in schwerer Weise den Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Verwaltung, der seinerseits letztlich auch ein Ausfluß des Rechtsstaatsgedankens ist, und den der Selbstverantwortlichkeit der Behörden beeinträchtigt, andererseits aber einen minder schweren Verstoß gegen die Zuständigkeitsordnung darstellt als sachliche oder örtliche Kompetenzverletzungen. Wegen letzterem erheben sich doch starke Bedenken, dem Selbsteintritt einen besonders schweren Fehlergrad zu bescheinigen im Sinne der Evidenztheorie und somit dadurch erlassene Verwaltungsakte als nichtig zu qualifizieren. Vor einer endgültigen Entscheidung dieser Frage soll zunächst die "Offenkundigkeit" überprüft werden.

III) Die Offenkundigkeit des Fehlers

1) Ihrem Namen entsprechend verlangt die Evidenztheorie zur Nichtigkeit des weiteren, daß der schwere Fehler dem Verwaltungsakt "auf die Stirn geschrieben", offensichtlich sein müsse. Es mag hier dahinstehen, für wen die Evidenz des Fehlers gegeben sein muß [2], ob für den Betroffenen oder einen Rechtskundigen, oder bei "verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände" [3].

Da beim Merkmal der Evidenz auf den fehlerhaften Verwaltungsakt, also auf den konkreten Einzelfall abgestellt wird, bereitet es, wie schon angedeutet, gewisse Schwierigkeiten, eine generelle Aussage über die Offensichtlichkeit des Fehlers für eine ganze Fallgruppe zu machen. Gleichwohl ist eine solche generalisierende Untersuchung - wie dies auch im Musterentwurf und im schleswig-

---

1) Vgl. für den Fall der funktionellen Zuständigkeitsverfehlung von Gerichten BayVerfGH VGHE 3, II, 95 ff. (106).

2) Vgl. hierzu insgesamt statt vieler Wolff MDR 1951, 523 ff. (524) und Musterentwurf S. 153 (Einzelbegründung zu § 34 EVerwVerfG).

3) So § 34 Abs. 1 EVerwVerfG = § 113 Abs. 1 LandesverwG Schleswig-Holstein.

holsteinischen Landesverwaltungsgesetz geschehen ist [1] - in der Weise möglich, daß von einem gedachten Normalfall ausgegangen, zum anderen aber mitberücksichtigt wird, ob generelle und individuelle Abnormitäten überhaupt und dann in welcher Häufigkeit auftreten. So kann ein vermutlich kleinerer Teil von Fehlern mit einiger Sicherheit als stets evident ausgemacht und katalogisiert werden, während für den anderen Teil zumindest ein negativer Schluß dahingehend gezogen werden kann, daß nicht ohne weiteres und in allen Fällen Evidenz gegeben ist, sondern dies im Einzelfall geprüft werden muß.

2) Erste Bedenken gegen die Evidenz von Selbsteintritten ergeben sich daraus, daß ganz allgemein Zuständigkeitsregelungen oftmals schwer auffindbar und durchschaubar sind [2]. Vielfach fehlen einheitliche und eindeutige Bestimmungen. Hinzu kommt noch vor allem bei der instanziellen Zuständigkeitsverteilung, daß sie in zunehmendem Maße nur instruktionell geregelt ist [3]. Es bedeutet für jedermann, auch für den Juristen, in solchen Fällen mühevolle Kleinarbeit, ehe die Zuständigkeit einer Behörde mit Sicherheit festgestellt werden kann. Speziell bei der instanziellen Zuständigkeitsverteilung taucht ein weiterer und ganz entscheidender Gesichtspunkt auf. In einer Vielzahl von Fällen sind übergeordnete und untergeordnete Behörde für den genau gleichen Sachbereich erstinstanzlich zuständig [4]. Ihre Kompetenz im Einzelfall hängt nur von der besonderen Schwierigkeit oder Bedeutung der tatsächlichen Bedingungen ab [5], etwa in der Form, daß bis zu bestimmten Grenzen numerischer Werte, z.B. Grundstücksflä-

---

1) Vgl. hierzu insgesamt Musterentwurf S. 153 f., von der Groeben-Knack, Rdz. 2.1 und 2.2 zu § 113, Rietdorf DVBl 1964, 333 ff. (334). Kritisch zu diesem Verfahren und der Katalogisierung von Fällen: Thieme DÖV 1962, 686 ff. (688), Bender DÖV 1965, 446 ff. (447).

2) Vgl. Bachof SJZ 1949, 377 ff. (391); ders., SJZ 1950, 488 ff. (490); Drews-Wacke, S. 533. Insoweit a.A. Brunner DÖV 1969, 773 ff. (776).

3) Man denke etwa an devolvierende Delegationen in Runderlassen o.ä.

4) Vgl. allgemein Rasch DVBl 1968, 832 ff.

5) In dieser Richtung hat entgegen der Kritik von Huber, 2. Band, S. 718 die Unterscheidung in absolute und relative Unzuständigkeit nach den Kriterien "unter keinen Umständen berufen", "grundsätzlich nicht in ihren Geschäftskreis gehörend", "unter keinem denkbaren Gesichtspunkt möglich" durchaus ihre Berechtigung; vgl. hierzu PrOVG 97, 95 ff. (99); BVerwGE 1, 67 ff. (70); OLG Frankfurt NJW 1968, 2072; Brückner, S. 85; Hatschek, S. 103; G. Jellinek, System, S. 241; W. Jellinek, Staatsakt, S. 95; Peters S. 167.

chen [1], Geldsummen [2], Kubikmetermengen [3] die untergeordnete, darüber die nächsthöhere Behörde zuständig ist. Die Rechtmäßigkeit der funktionellen Zuständigkeit im konkreten Fall hängt also von der richtigen Beurteilung der tatsächlichen Gegebenheiten ab, und hier sind vor allem bei Grenzwerten unterschiedliche Auffassungen kaum zu vermeiden.

Letztlich, und damit fällt endgültig die Entscheidung gegen die generelle Fehlerevidenz von Selbsteintritten, gibt es Ausnahmefälle, bei denen der Selbsteintritt erlaubt ist, nämlich bei Gefahr im Verzug und bei Interessenkollision. Angesichts dieser Tatsache ist die Offensichtlichkeit unberechtigter Selbsteintritte vollends erschüttert [4], da vor allem bei schnellen Maßnahmen immer die Frage auftaucht, ob nicht eine Ausnahmeerlaubnis bestanden hat.

3) Man kann also abschließend die Feststellung treffen, daß der durch Selbsteintritt zustandegekommene Verwaltungsakt generell nicht nichtig, sondern nur vernichtbar ist [5], da das Merkmal der Evidenz des ihm anhaftenden Fehlers in etlichen Fällen sehr zweifelhaft ist. Es bedarf insoweit jedenfalls immer einer genauen Prüfung des Einzelfalles, von den Bedenken gegen "die Schwere" ganz abgesehen.

B) PROZESSUALE GELTENDMACHUNG

I) Es ist eine bekannte Streitfrage, ob und inwieweit Fehler des Verwaltungsverfahrens, wenn sie wie der Selbsteintritt nur zur Vernichtbarkeit des dadurch zustandegekommenen Verwaltungsaktes führen, im Prozeßfall vom Verwaltungs-

---

1) Vgl. den vom BayOLG in MDR 1952, 243 entschiedenen Fall.

2) Vgl. Beispiel bei Becker-Riewald-Koch, S. 236 (Steuernachlaß von Beträgen über 20 000 DM).

3) Vgl. oben S. 36, Anm. 2).

4) Vgl. Wolff MDR 1951, 523 ff. (526), § 113 Abs. 3 Ziff. 5 LandesverwG Schleswig-Holstein; insoweit auch Forsthoff, S. 225, Fußnote 3. Heyen SchlHAnz 1949, 357 ff. (359) geht von der gegenteiligen Voraussetzung aus und gelangt daher zur Nichtigkeit.

5) So Eyermann-Fröhler, VwGO, Anh. § 42, Rdnr. 3; Nebinger, S. 210; Rasch, Verwaltungsorganisation, S. 160; Redeker-von Oertzen, § 42, Rdnr. 72; v. Turegg-Kraus, S. 142; Ule DVBl 1960, 609 ff. (611); Wolff, Band I, S. 342. Ebenso im Ergebnis Brunner DVBl 1969, 773 ff. (776), jedoch gerade umgekehrt, was die beiden Merkmale der Schwere und Offenkundigkeit angeht.

gericht zu berücksichtigen sind, wenn die Entscheidung der Behörde ansonsten materiell in Ordnung ist. Aller dogmatischen Feinheiten entkleidet lauten die gegnerischen Positionen etwa einerseits, ob man dem Bürger nicht Steine statt Brot gebe, wenn man wegen des Verfahrensfehlers den Verwaltungsakt beseitige, der dann ohne den Verfahrensfehler mit demselben Inhalt ein zweites Mal erlassen werde, und andererseits, ob man nicht verfahrensrechtlicher Willkür der Verwaltung Tür und Tor öffne, wenn man die Verfahrensvorschriften zu sanktionslosen Empfehlungen herabwürdige, indem man sie völlig hinter den materiell-rechtlichen Gesichtspunkten zurücktreten lasse. [1]
Es würde den Rahmen dieser Arbeit bei weitem sprengen, wollte man das aufgeworfene Problem auch nur einigermaßen vollständig klären wollen [2]. Eigentlich muß es hier genügen, insoweit auf die §§ 35, 36 EVerwVerfG [3] zu verweisen, wonach zwar eine ganze Reihe von Verfahrensfehlern geheilt bzw. im Prozeß unbeachtlich werden können mit besonderen Kostenfolgen zu Lasten der Verwaltung [4], Zuständigkeitsverletzungen - mit der einzigen Ausnahme der örtlichen Zuständigkeit - aber nach wie vor im Prozeß ohne Einschränkung geltend gemacht werden können, also auch der Selbsteintritt [5]. Diese Lösung dürfte auch der herrschenden Lehre entsprechen.

II) Nun hat aber in jüngster Zeit Brunner [6] gerade von den aufgezeigten Gesichtspunkten, insbesondere von der nur dienenden Funktion des Verfahrensrechts gegenüber dem materiellen Recht auszugehen vorgebend, für den Selbsteintritt eine ganz spezielle und der herrschenden Lehre entgegengesetzte Lösung angeboten, die näherer Betrachtung bedarf. Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbar-

---

1) Vgl. insgesamt z.B. BVerwGE 14, 356 ff. mit Anm. Czermak DVBl 1963, 263; VGH Baden-Württemberg ESVGH 10, 12 ff.; LVG Düsseldorf ZBR 1956, 191 ff.; OVG Münster ZBR 1957, 177 f.; OVG Saarland AS 7,404 f.; VG Bremen DVBl 1963, 260 ff. mit Anm. Groschupf; VG Sigmaringen DVBl 1963, 824 ff. mit Anm. Bettermann; Czermak NJW 1963, 703 f.; Groschupf DVBl 1962, 627 ff.; ders. DVBl 1963, 661 ff.; Heinze DÖV 1967, 33 ff. (42); Pfeifer DVBl 1963, 653 ff. (655).

2) Insbesondere spielen etwa Begriff und Bedeutung des Streitgegenstandes eine erhebliche Rolle.

3) Musterentwurf S. 26, - vgl. hierzu Ule-Becker, S. 53 f. - entsprechend §§ 114, 115 LandesverwG Schleswig-Holstein.

4) §§ 65 EVerwVerfG, 120 LandesverwG Schleswig-Holstein.

5) Vgl. etwa von der Groeben-Knack, § 115 Rdz. 2.1 und 2.3.

6) DÖV 1969, 773 ff.

keit sei der Individualrechtsschutz und nicht die objektive Kontrolle der Verwaltung. Daher könne allein aus der Tatsache, daß der Selbsteintritt vorgegebene Zuständigkeitsnormen verletze, noch kein Recht auf Geltendmachung im Prozeß hergeleitet werden. Vielmehr komme es darauf an, ob die Einhaltung der instanziellen Zuständigkeitsordnung - zumindest auch - im rechtlich geschützten Interesse des betroffenen Bürgers geboten sei. Die Zuständigkeitsordnung müsse primär im öffentlichen Interesse beachtet werden. Als möglicherweise verletzte Rechte des Bürgers kämen in Betracht: "a) der Anspruch auf eine Entscheidung durch die zuständige Behörde, b) der Anspruch auf den Instanzenzug im Verwaltungsverfahren, c) das Gleichheitsgrundrecht des Art. 3 Abs. 1 GG." [1]

Allen diesen Prämissen Brunners kann durchaus zugestimmt werden. Dann aber argumentiert er weiter: Als einzige aller Zuständigkeitsüberschreitungen verletze der Selbsteintritt keine subjektiven öffentlichen Rechte des Bürgers, wiewohl solche im Zweifel grundsätzlich eher anzunehmen seien als nicht schützenswerte Rechtsreflexe. Denn, und dies ist der tragende Gesichtspunkt Brunners, mittels des Weisungsrechts könne "die größere Sachkunde der übergeordneten Behörde die größere Sachnähe der untergeordneten Behörde" sowieso und jederzeit "aus dem Feld schlagen" [2]. Also habe auch die übergeordnete Behörde eine Entscheidungskompetenz, die sie im Interesse des Bürgers sogar besser mit dem Selbsteintritt als mit dem umständlichen Weisungsrecht wahrnehme.

In methodischer Hinsicht ist Brunner zunächst entgegenzuhalten, daß er mit diesem Gedankengang nur scheinbar auf das allgemeine Problem der dienenden Funktion des Verfahrensrechts eingeht, in Wirklichkeit aber unter anderer Flagge die materiellen Grundlagen angreift, die überhaupt erst zur Annahme der Rechtswidrigkeit des Selbsteintritts führen, die auch von ihm bejaht wird. Wenn der übergeordneten Behörde nämlich eine Entscheidungskompetenz auf Grund des Weisungsrechts zusteht, so fragt es sich, wieso sie dann rechtswidrig handelt, bzw. wo der Verstoß gegen die instanziellen Zuständigkeitsregelungen liegen soll, wenn diese doch eine Doppelzuständigkeit zulassen.

Im Grunde genommen kann daher inhaltlich voll auf das oben Gesagte [3] verwiesen werden. Es brauchen nur einige wenige Überlegungen angedeutet werden, die zusätzlich gegen Brunners Ansicht vorgebracht werden können.

Brunner übersieht wohl vor allem die Kontrollfunktion der instanziellen Zuständigkeitsordnung. Kontrolle bedeutet begriffsnotwendig, daß ein Kontrollierter, d.i. die untergeordnete Behörde, und ein Kontrolleur, d.i. die übergeordnete

---

1) A.a.O. S. 777, li.Sp.
2) A.a.O. S. 778, re.Sp.
3) Kapitel II, insbes. S. 14 ff., 36 ff. und 40 ff.

Behörde, vorhanden sind und vor allem auch tätig werden. Beim Selbsteintritt wird nur eine Behörde tätig, bei Aufsichtsführung mittels Weisungen jedoch zwei, wobei jede ihre eigenen Vorstellungen haben kann, letzten Endes die Ansicht der höheren allerdings über die Gehorsamspflicht den Ausschlag gibt. Daß eine Kontrolle innerhalb der Verwaltung bezüglich der Richtigkeit der zu treffenden oder schon getroffenen Entscheidung auch im Interesse des Bürgers ist, dürfte unbestreitbar sein. Des weiteren ist auf folgenden für alle Zuständigkeitsarten gleichermaßen geltenden Gesichtspunkt hinzuweisen: Jede rechtliche Entscheidung besteht aus zwei Arbeitsgängen, der Tatsachenfeststellung und der rechtlichen Subsumtion. Mindestens bezüglich des ersten Arbeitsteiles hat die Festlegung der Zuständigkeit der untergeordneten Behörde gerade für den einzelnen Bürger ihre Bedeutung. Wenn man mit Brunner nämlich der übergeordneten Behörde schon grundsätzlich die größere Sachkunde einräumt, so sollte man auch nicht außer Acht lassen, daß die größere Sachnähe der untergeordneten Behörde i. d. R. identisch ist mit der größeren Ortskunde. Beauftragt der Gesetzgeber die untere Behörde mit der Entscheidung, so liegt die Vermutung nahe, daß er zumindest auf eine Aufklärung der tatsächlichen Bedingungen durch sie als die ortskundigere Wert legt.

Damit kann auf den nächsten Einwand Brunners übergeleitet werden, eine Verletzung des Gleichheitssatzes liege beim Selbsteintritt nicht von vornherein vor, vielmehr bedürfe es dazu im Einzelfall des Nachweises einer Beschwer. Darauf kann es aber nicht ankommen [1]. Verfahrensregeln werden in der Absicht aufgestellt, daß auf dem durch sie vorgeschriebenen Weg der Rechtsfindung in der Regel auch die materiell richtige Entscheidung gefällt werden wird. Auch hinsichtlich der Folgen ihrer Verletzung muß dementsprechend pauschaliert und generalisiert werden. Eine Verfahrensverletzung ist dann relevant bzw. wesentlich, wenn die Möglichkeit einer materiell anderen Entscheidung gegeben ist, was z. B. bei Tätigwerden einer anderen als der für zuständig erklärten

---

1) Gerade die von Brunner mehrfach angezogene Entscheidung des LVG Düsseldorf ZBR 1956, 191 ff. gibt in dieser Richtung zu Bedenken Anlaß. Das Gericht prüft nämlich zuerst die materielle Anspruchsgrundlage des Klägers, um dann nach der Feststellung, er habe keinen Anspruch (nach § 7 Abs. 1 G 131) festzustellen, daß er dann auch keinen Anspruch auf Entscheidung durch die zuständige Behörde habe, da die Zuständigkeitsregelung wegen ihrer dienenden Funktion eine Schutzbestimmung zu Gunsten der von der materiellen Norm betroffenen Personen sei, der Kläger aber gar nicht zu diesen zähle. Mit dieser Folgerung lassen sich natürlich die gröbsten Verfahrensverstöße halten.

Behörde schon bei der Feststellung der Tatsachen denkbar ist [1], aus denen sich dann wiederum andere Rechtsfolgen ergeben können [2]. Genauso ist auch nicht auf eine konkrete Verletzung des Gleichheitssatzes abzustellen, wie dies Brunner verlangt, sondern darauf, daß der Selbsteintritt als Abweichung von der Norm den Verdacht der Willkür nach sich zieht [3]. In diesem Sinne hat das BVerfG in E 2, 380 ff. den geregelten Verlauf des Rechtsfindungsverfahrens als rechtsstaatliches Gebot bezeichnet. Insbesondere diesen Gesichtspunkt [4] dürfte Brunner nicht genügend berücksichtigt haben.

Was den Anspruch des Bürgers auf Einhaltung des Instanzenzuges anbelangt, so ist Brunner zuzugeben, daß kein Anspruch auf ein mehrstufiges Verwaltungsverfahren besteht [5]. Wenn er aber auch die Verschiebung des Widerspruchsverfahrens, wie sie oben dargelegt wurde [6], durch den Selbsteintritt als unbeachtlich abtut [7], weil nicht von der an sich erstinstanzlichen Behörde auszugehen sei, da man sonst "auf die Ebene der Zuständigkeitsregelung überwechsele und stillschweigend einen Anspruch auf die zuständige Behörde voraussetze", sondern eben von derjenigen Behörde, die entschieden habe, also der selbsteingetretenen, so kann dem nicht gefolgt werden. Es fragt sich nämlich, so banal dies klingt, wie Abweichungen vom Regelfall beurteilt werden sollen, wenn nicht an Hand eines Vergleichs mit dem Normalfall. Eine andere Fragestellung als die, wie das Widerspruchsverfahren einerseits aussieht, wenn angewiesen wird, andererseits, wenn selbst eingetreten wird, bei Beteiligung derselben Behörden, ist wohl nicht denkbar.

Der tiefere Grund, warum die Verschiebung des Widerspruchsverfahrens von Brunner als unbeachtlich gewertet wird, dürfte sich aus seinen späteren Ausfüh-

---

1) Davon abgesehen, daß auch die rechtliche Subsumtion, insbesondere bei unbestimmten Rechtsbegriffen, in der Wirklichkeit oft unterschiedlich ausfällt - vgl. z.B. Czermak Jus 1968, 399 ff. (400) -, wobei eine andere Frage ist, ob sie dies auch theoretisch tun darf.

2) Vgl. etwa für absolute Revisionsgründe im Zivilprozeß RG ZZP Band 61, 135 f., Rosenberg S. 704.

3) Vgl. hierzu allgemein Baur S. 97 ff. (insbes. 115 f.).

4) Unter dem etwa Ossenbühl DÖV 1964, 511 ff. (515) Bedenken gegen § 36 EVerwVerfG anmeldet.

5) Vgl. die Nachweise bei Brunner a.a.O. S. 779 Anm. 60. Dieser Gedanke wurde daher hier von Anfang an außer Betracht gelassen.

6) S. 28 ff.

7) A.a.O. S. 780.

rungen ergeben [1]: "Daß sie (scil. die übergeordnete Behörde, nachdem auf ihre Weisung hin die nachgeordnete einen Verwaltungsakt erlassen hat) den Widerspruch zurückweisen wird, versteht sich von selbst" (!). Bei dieser Einstellung von Aufsichtsbehörden ist irgendeine Verschiebung des Widerspruchsverfahrens in der Tat für den Bürger gleichgültig. Wie sich dies allerdings etwa mit der gesetzgeberischen Absicht des § 73 Abs. 1 Ziff. 2 VwGO vereinbaren läßt, worin gerade von der Identität zwischen erlassender und Widerspruchsbehörde ausgegangen wird, mag offen bleiben. Von dieser Position ausgehend ist zu den früheren Überlegungen bezüglich einer verwaltungsinternen Doppelkorrektur [2] zu bemerken, daß eine übergeordnete Behörde, die sich durch den formellen Widerspruch eines Betroffenen nicht zur Selbstkritik bewegen läßt, allerdings auch kaum auf Gegenvorstellungen, Remonstrationen oder Diskussionsversuche der untergeordneten Behörde eingehen wird, mit denen letztere zur Richtigstellung einer Weisung beitragen will.

Zusammenfassend muß festgestellt werden, daß Brunners Argumentation nichts grundsätzlich und wesentlich Neues bringt und daher nicht zu einer Änderung des gewonnenen Ergebnisses führen kann, insbesondere nicht unter dem Gesichtspunkt der Geltendmachung des Selbsteintritts im Prozeß.

III) Darauf geht Brunner im Grunde genommen nur in seinen Schlußbetrachtungen ein. Wie schwierig gerade von der Interessenlage des betroffenen Bürgers die Entscheidung darüber ist, ob der Verwaltungsverfahrensfehler nun zu berücksichtigen ist oder nicht, zeigen gerade seine Ausführungen, wenn er einerseits die "Steine- statt - Brot-Theorie" anzieht, andererseits dem Bürger, der eine Verfahrensrüge im Prozeß anbringt, vorwirft, dies grenze an Rechtsmißbrauch, wenn es nur der Verschleppung diene. Daraus erhellt aber, daß es im Einzelfall einem Bürger durchaus nur darauf ankommen kann, Zeit zu gewinnen, er also, um im Bild zu bleiben, nur "Steine" will. Ob dies rechtsmißbräuchlich ist, erscheint zweifelhaft. Schließlich rügt der Betroffene einen Fehler, den die Verwaltung gemacht hat und nicht er.

Abschließend soll unabhängig von den Vorstellungen des Musterentwurfes ein weiterer Lösungsversuch [3] referiert werden, der darin besteht, dem Bürger ein

---

1) A.a.O. S. 781, li.Sp.; ähnlich kurz darauf: "Der Betroffene wird ... genötigt, ein Widerspruchsverfahren anzustrengen, dessen Ergebnis von vornherein feststeht, ...".

2) Oben S. 16 ff.

3) So Groschupf DVBl 1962, 627 ff. (631).

verzichtbares Rügerecht bezüglich der Verfahrensfehler zu geben. Damit ist möglicherweise den Belangen des Bürgers am meisten gedient, andererseits verfahrensrechtlicher Willkür der Verwaltung ein Riegel vorgeschoben, da sie jederzeit damit rechnen muß, daß der Verfahrensverstoß geahndet wird.

C) SONSTIGE KONSEQUENZEN

Die Beseitigung von Verwaltungsakten, die durch rechtswidrigen Selbsteintritt zustandegekommen sind, richtet sich nach den allgemeinen Regeln über Rücknahme belastender und Widerruf begünstigender Verwaltungsakte [1]. Für den letzteren Fall ist vielleicht von Bedeutung beim Selbsteintritt, daß verschiedentlich vertreten wird, der Vertrauensschutz sei umso größer, je höher die erlassende Behörde sei [2].

Entsteht dem durch den Selbsteintritt betroffenen Bürger ein Schaden, so kann er diesen schließlich unter dem Gesichtspunkt der Amtshaftung geltend machen, denn die Einhaltung der Zuständigkeitsordnung ist eine Amtspflicht gegenüber Dritten [3].

Wenn der Bürger also mehrere Möglichkeiten hat, sich entschieden gegen einen Selbsteintritt zur Wehr zu setzen, so ist die übergangene Behörde auf die Möglichkeit einer Gegenvorstellung bzw. formlosen Beschwerde bei der übernächsten Instanz verwiesen. Darüberhinaus hat sie keine Ansprüche, da die Kompetenz kein ihr zustehendes "Recht" ist [4].

---

1) Vgl. §§ 37, 38 EVerwVerfG (Musterentwurf).
2) Vgl. Ossenbühl DÖV 1967, 246 ff. (252).
3) Ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts, vgl. z.B. RGZ 71, 60 ff.; RGZ 140, 423 ff.; RGZ 144, 391 ff.
4) Vgl. Brunner DÖV 1969, 773 ff. (776); Rasch VerwArch Band 50, 1 ff. (29); Wolff, Bd. II, S. 103.

ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSSWORT

1) Der weisungsberechtigten übergeordneten Behörde ist es verboten, an Stelle der zuständigen nachgeordneten Behörde hoheitlich, insbes. durch Erlaß eines Verwaltungsaktes, tätig zu werden (Selbsteintritt).

2) Gleichermaßen kann die übergeordnete Behörde weder von Amts wegen, noch auf formlose Aufsichtsbeschwerde hin, noch aus Anlaß eines verspäteten Widerspruchs eine von der nachgeordneten Behörde getroffene Entscheidung unter Umgehung letzterer von sich aus verändern.

3) Diese Grundsätze gelten auch bei nur instruktioneller Zuständigkeitsverteilung, im Verwaltungsprozeß und im fiskalischen Bereich. Die übergeordnete Behörde ist stets auf das ihr zustehende Weisungsrecht verwiesen.

4) Ausnahmsweise darf die übergeordnete Behörde selbst eintreten bei Gefahr im Verzug und bei Befangenheit der untergeordneten Behörde, soweit diese dadurch von ihrer hoheitlichen Tätigkeit ausgeschlossen ist, nicht aber bei Weigerung der untergeordneten Behörde, einer Weisung nachzukommen.

5) Der generelle Fehlergrad des durch einen verbotenen Selbsteintritt zustandegekommenen Verwaltungsaktes ist nicht Nichtigkeit, sondern nur Vernichtbarkeit.

An den Ausgangspunkt der Arbeit zurückkehrend, ist abschließend die Frage zu beantworten, wie die gewonnenen Ergebnisse in den Musterentwurf des Verwaltungsverfahrensgesetzes miteinbezogen werden könnten.

Zwei Möglichkeiten bieten sich an. Die "große" Lösung wäre, die gesamten Leitsätze, wohl mit Ausnahme von Ziffer 4, in den Entwurf zu übernehmen bei den allgemeinen Vorschriften über das Verwaltungsverfahren (§§ 2 bis 26) etwa im Anschluß an die Regelung über die örtliche Zuständigkeit (§ 2) oder die Amtshilfe (§§ 3 bis 7). Gegen diese Lösung spricht aber, daß sie systemwidrig wäre, denn der Musterentwurf enthält bislang keine Bestimmungen über die Behördenorganisation und die sachliche Zuständigkeit, wohin der Selbsteintritt eigentlich gehören würde [1].

Daher ist die "kleine" Lösung eher in Betracht zu ziehen. Sie würde bedeuten, das gewonnene Ergebnis auf die obige Ziffer 5 zu reduzieren, und an § 34 Abs. 3 des Musterentwurfs, der mit den Worten beginnt "Ein Verwaltungsakt ist nicht schon deshalb nichtig, weil ...", eine neue Ziffer 5 anzuhängen etwa mit dem

1) Vgl. die Stellung von § 16 LandesverwG Schleswig-Holstein.

Wortlaut "eine übergeordnete Behörde an Stelle einer untergeordneten selbst eingetreten ist". Damit wäre nicht nur eine Aussage über den Fehlergrad gemacht, sondern logischerweise davor schon eine über die grundsätzliche Nichtberechtigung des Selbsteintritts. Bedauerlich wäre nur, daß zum einen die Ausnahmetatbestände und zum anderen vor allem der nachträgliche Selbsteintritt nicht umfaßt wären, wobei letzteres im Rahmen der zweiten Lösung zwar grundsätzlich auch möglich, aber gesetzestechnisch recht schwierig erscheint.

LEBENSLAUF

Am 18.6.1942 wurde ich als dritter Sohn des Rechtsanwalts Dr. jur. Willibald Völker und seiner Ehefrau Dr. phil. Eleonore geb. Muehlon in Tübingen geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Von 1948 bis 1952 besuchte ich die Volksschule in Reutlingen und anschließend das dortige Friedrich-List-Gymnasium. Im Februar 1961 legte ich die Reifeprüfung zusammen mit dem Großen Latinum ab. Nach einem entsprechenden Industriepraktikum studierte ich im Wintersemester 1961/62 und Sommersemester 1962 an der Technischen Hochschule Stuttgart Luftfahrttechnik. Ab Wintersemester 1962/63 wechselte ich das Studienfach und studierte nunmehr Rechtswissenschaft, zunächst 2 Semester an der Universität in Tübingen, dann 1 Semester in München und schließlich wieder 5 Semester in Tübingen. Am 14.11.1966 bestand ich in Tübingen die Erste juristische Staatsprüfung. Ab 1.12.1966 war ich Gerichtsreferendar im Dienst des Landes Baden-Württemberg. Am 19.6.1970 legte ich in Stuttgart die Zweite juristische Staatsprüfung ab. Seither bin ich als Assessor in einer Anwaltspraxis in Reutlingen beschäftigt.